

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 29 Mai 1933, à 14 heures

PAR

P. ANTONIETTI

JURY.... { Président : M. RIPERT, professeur.
Suffragants { MM. WAHL { professeurs.
 HAMEL }

PARIS
LES EDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON et Cie
160, RUE SAINT-JACQUES

1933

THÈSE POUR LE DOCTORAT

***La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver
les opinions émises dans les thèses, ces opinions
doivent être considérées comme propres à leurs
auteurs.***

LE RÉGIME FISCAL DES APPORTS EN NATURE ET SES CONSÉQUENCES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 29 Mai 1933, à 14 heures

PAR

P. ANTONIETTI

JURY... { *Président* : M. RIPERT, *professeur*.
 { *Suffraganis* { MM. WAHL { *professeurs*
 HAMEL {

PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON et Cie
160, RUE SAINT-JACQUES

1933



BIBLIOGRAPHIE

Allix et Lecercle. — *Les impôts français : L'impôt sur le revenu, impôts cédulaires et impôt général*, 2 vol. Paris, 1925-1930.

Arthuys et Lecouturier. — *Traité des sociétés commerciales*, 3^e éd., 1919.

Baudry-Lacantinerie et Wahl. — *Traité de Droit commercial. De la Société du prêt du dépôt*, 3^e édité. Paris, 1907.

Copper-Royer. — *Traité théorique et pratique des Sociétés anonymes*, 5 vol. Paris, 1932.

Decugis. — *Traité pratique des Sociétés par actions*, 7^e édition, 1931.

— *Les actions de priorité et les actions d'apport négociables en cas de fusion*, 3^e édité., 1911.

Garnier. — *Répertoire général de l'enregistrement des contributions directes, des domaines, du timbre et des hypothèques*, 9^e édité., 1927.

Hémard. — *Traité théorique et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2^e édité., 1925.

Houpin et Bosvieux. — *Traité général théorique et pratique des Sociétés civiles et commerciales et des associations*, 6^e édité., 1929.

Lacour et Bouteron. — *Précis de Droit commercial*, 3^e édité., 3 vol. et sup. Paris, 1925.

Lyon-Caen et Renault. — *Manuel de Droit commercial*, 15^e édité. Paris, 1928.

Maguero. — *Traité alphabétique des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, 5 vol., 3^e édité., 1930.

- Moulin** (P.). — *Le rachat par une société de ses propres titres*, thèse, Paris, 1931.
- Perreau**. — *Traité d'Economie politique*, 2 vol., 4^e édit., Paris, 1928.
- Pitois**. — *Des augmentations de capital depuis 1914*, thèse, Paris, 1926.
- Planiol et Ripert**. — *Traité élémentaire de Droit civil*, 3 vol. Paris, 1928.
— *Traité de Droit civil*, 13 vol. Paris, 1932.
- Thaller et Pic**. — *Des sociétés commerciales*, 3 vol. 2^e édit. Paris, 1926.
- Thaller et Percerou**. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, 8^e édit. Paris, 1930.
- Wahl** (A.). — *Précis théorique et pratique de Droit commercial*. Paris, 1922.
— *Traité du régime fiscal des sociétés et des valeurs mobilières*, 2 vol. Paris, 1909.

Périodiques.

Gazette du Palais.

Journal des notaires et des avocats.

Journal officiel de la République française.

Revue de l'Enregistrement.

Registre périodique de l'enregistrement.

CHAPITRE PREMIER.

LES APPORTS EN NATURE

Principes généraux en droit civil.

La société est un contrat par lequel, aux termes de l'article 1832 du Code civil, deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

C'est un contrat consensuel, malgré l'obligation de certaines formes en matière de preuve, synallagmatique à titre onéreux, et commutatif¹. Il présente l'obligation d'un apport de la part de chaque associé, mais reconnaît d'autre part la vocation de tous aux bénéfices réalisés².

Cette mise en commun de certains biens prévue par l'article 1832, est précisée par le paragraphe 2 de l'article 1833 qui indique qu'il pourra s'agir d'argent ou d'autres biens ou de l'industrie d'un ou plusieurs des associés. C'est le premier caractère du contrat de société qui soit défini par le Code civil. Il est essentiel et Pothier

1. Lyon, Caen et Renault, n° 82; Houpin, n° 49, *Principes*.

2. Houpin et Bosvieux indiquent cinq caractères du contrat de société :

1° Le groupement de deux ou plusieurs personnes;

2° Leur volonté de réaliser des bénéfices en vue de les partager.

3° Un apport de chaque associé;

4° La participation de tous aux bénéfices et aux pertes.

5° *L'affectio societatis* ou intention de former la société.

De même Copper Royer, tome I, n° 13 et suivants.

disait déjà : « Il est de l'essence du contrat de société que chacune des parties apporte ou s'oblige à apporter quelque chose à la société. » Les différentes lois qui ont fixé le régime des sociétés n'ont jamais manqué de traiter ce point important et la loi du 24 juillet 1867 imposa aux sociétés par actions comme condition de constitution, non seulement la souscription du capital social, c'est-à-dire l'engagement d'apporter, mais encore la libération totale ou partielle suivant les catégories d'actions, c'est-à-dire l'apport effectif des biens mis en commun.

*
**

Quelle est la nature des apports en société ?

Le Code cite en premier lieu l'argent, c'est-à-dire les espèces. Mais en dehors de cette catégorie que nous n'étudierons pas, la nature des biens apportés est essentiellement variable et la loi a laissé la plus grande liberté à l'initiative des fondateurs : cette deuxième catégorie forme ce que l'on appelle les apports en nature.

D'une manière générale, il est permis de mettre en société toute chose placée dans le commerce, tout bien susceptible de faire l'objet d'une obligation, tout droit mobilier ou immobilier corporel ou incorporel ¹ susceptible d'être évalué en argent ².

Par exemple, peuvent constituer des apports un fonds de commerce, un immeuble, un brevet d'invention, une marque de fabrique, une concession de travaux, de chemins de fer ou de tramways, un marché de fournitures,

1. Houpin, n° 689; Cass., 19 juin 1882, S. 1883.1.19.

2. Sur les différentes méthodes d'évaluation des apports en nature et les solutions préconisées. Voir Decugis, *Sociétés anonymes*, n° 36 et suivants.

un actif d'une société en liquidation, une promesse de vente¹.

Par contre, appelée à se prononcer sur la validité de cas particuliers, la jurisprudence a judicieusement interdit certains apports de valeur douteuse ou « contraire à l'honnêteté publique et aux bonnes mœurs² ». Ainsi le crédit d'un homme politique ou l'influence d'un personnage puissant, un office ministériel (à cause du facteur personnel représenté par le titulaire), un cabinet de médecin ou de pharmacien³, et aussi généralement, tous les biens que la loi interdit de mettre dans le domaine commercial.

Le contrat d'apport n'a pas pour résultat obligatoire de faire acquérir à la société la propriété de la chose apportée. En effet, pour un même objet, ou pour un même droit, l'apport peut être fait de différentes manières, soit en pleine propriété, soit simplement pour la jouissance ou l'usufruit : et chaque cas entraîne l'application des règles générales suivant des modalités particulières que nous allons brièvement examiner.

A) APPORT EN PROPRIÉTÉ. — C'est le cas le plus fréquent. L'apport en toute propriété opère une transmission de tous droits relatifs à ce bien par l'associé apporteur à la société bénéficiaire. Cet acte fait alors naître des rapports analogues à ceux qui lient un vendeur et son acheteur, bien qu'ici il n'y ait pas, de prix, à proprement parler, mais simplement l'attribution d'actions,

1. Cependant, l'apport d'une simple option peut constituer un apport fictif s'il y a une combinaison frauduleuse. Cass., 14 juin 1887 (S. 1887.1 107), Thaller et Pic, n° 41.

2. Thaller et Pic, f° 12; Lacour et Bouteron, n° 200.

3. Cass., 22 mai 1913 (S. 1913.1.292).

de parts d'intérêts ou de droits sociaux d'un caractère variable en échange du bien reçu par la Société¹.

Le caractère consensuel du contrat de société a pour conséquence dans le cas d'un corps certain, le transfert du droit de propriété par le seul fait de la convention et sans qu'il soit nécessaire d'attendre la tradition de la chose. Au contraire, c'est la tradition qui donnera la propriété du bien à la société, s'il s'agit de choses d'espèce, telles qu'une somme d'argent, ou une quantité de marchandises, qui ne seront individualisées que par cette tradition. Dès que la société a acquis la propriété de ces apports, l'associé inversement n'a plus aucun droit sur eux et ne saurait prétendre à en opérer la reprise même si ces biens se retrouvaient en nature dans l'actif social au moment de la réclamation².

A l'égard des tiers cependant, la translation de propriété ne devient opposable qu'au prix de formalités destinées à créer une certaine publicité et variables selon la nature du bien transmis³. Ces formalités d'ailleurs sont pratiquement les mêmes que celles qui ont été imposées par la loi dans le cas de transfert de propriété par un moyen quelconque tel que vente, dation en paiement, etc.⁴. Et c'est ainsi qu'à défaut de transcription,

1. Houpin et Bosvieux, n° 89; Baudry et Wahl, n° 433; Lyon, Caen et Renault, n° 21.

2. En droit fiscal, au contraire, nous verrons que la mutation n'est pas admise sans restrictions, et qu'en particulier si l'associé reprenait possession de son bien après l'avoir apporté à la société, ce nouveau transfert de propriété ne serait pas considéré comme une mutation.

3. Houpin et Bosvieux, n° 105. Immeubles : la transmission de propriété ou d'usufruit d'un immeuble par voie d'apport en société n'est opposable aux tiers qu'autant qu'elle a été portée à leur connaissance conformément au droit commun par la transcription de l'acte de société au bureau des hypothèques dont dépend l'immeuble apporté (loi du 23 mars 1855, art. 1^{er}).

4. Paris, 18 décembre 1884 (*Rev. des Sociétés*, 1885.470); Cass., 8 mars 1875 (S. 1875.1.449); Cass., 25 avril 1893 (*J. Soc.*, 1893, p. 341). Voir Lyon-Caen, Renault, n° 21; Baudry et Wahl, n° 164; Thaller et Pic, n° 333.

un immeuble pourrait être valablement grevé d'hypothèques au bénéfice d'un créancier et du chef de l'apporteur, même après la conclusion de l'acte d'apport¹.

Les conséquences de cette règle se retrouvent dans les questions de garanties : la garantie d'éviction notamment prévue par l'article 1845 du Code civil, met en cause l'apporteur pour tout trouble dont la cause a une origine antérieure au contrat; il sera tenu de fournir l'équivalent des objets dont la société a été dépossédée ou bien devra fournir un dédommagement en contrepartie du préjudice subi, si la chose est irremplaçable². A l'égard des vices cachés, il peut avoir lieu à dommages-intérêts par application de l'article 1641 du Code civil ou à l'exercice d'une action en résolution si le vice est redhibitoire. En principe, les dommages-intérêts ne se traduisent pas par une réduction du nombre d'actions attribuées à moins qu'on ne puisse prouver des manœuvres dolosives et frauduleuses de la part de l'apporteur. (Paris, 3 février 1910; *J. Soc.* 1911, p. 121 et note de M. Wahl.)

L'apporteur doit effectuer la délivrance du bien qu'il transporte, conformément aux règles générales du Code civil, telles qu'elles s'appliquent à la vente en particulier³. Or, jusqu'au moment où l'objet n'a pas été matériellement livré à la société la question des risques se

1. Amiens, 10 juillet 1885 (*J. Soc.*, 1887, p. 451); Cass., 25 avril 1893 précité.

2. Sur le point de savoir si la disparition d'un apport entraîne la résolution du contrat de société, voir Houpin et Bosvieux, n° 93.

3. Pour la garantie de contenance cependant, dans le cas d'un apport de bien immobilier la doctrine est divisée sur le point de savoir si l'article 1619 du C. civil s'applique au contrat de société.

Pour la solution affirmative, Thaller et Pic, n° 31; Baudry et Wahl, n° 186. Cependant, Copper Royer, tome I, n° 99 *bis*.

En sens inverse, Houpin et Bosvieux, n° 103.

pose en vertu de la règle *res perit domino*. S'il s'agit d'un objet déterminé nous avons vu que le transfert de propriété s'effectue par le seul consentement. Pour les choses de genre, la tradition seule opère transfert et leur disparition peut même entraîner la dissolution de la société aux termes de l'article 1867 du Code civil, qui ne vise d'ailleurs que des cas assez exceptionnels¹.

Cependant, il est important de signaler que le contrat d'apport est comme le contrat de vente susceptible de contenir des clauses particulières et il sera possible ainsi d'augmenter les obligations de garantie, etc., ou au contraire d'en diminuer les faits et même de déclarer que le bien est apporté tel quel, sans que l'apporteur soit tenu à aucune garantie (sous réserve cependant de l'article 1628 du Code civil qui est d'ordre public relatif au fait imputable à l'apporteur lui-même²).

Quant aux obligations incombant à la société, il y a tout d'abord l'obligation de prendre livraison selon les principes généraux applicables ici; nous retrouverons plus loin la question du privilège dont jouit le vendeur et dont ne bénéficie pas l'actionnaire apporteur du bien qu'il cède.

B) APPORT EN JOUISSANCE OU EN USUFRUIT. — L'apport en propriété est le cas le plus fréquent mais il est possible à l'apporteur de stipuler que la société n'aura que

1. Les choses de genre sont remplaçables et la propriété des corps certains se transmet par simple consentement et n'entraîne pas l'application de l'article 1867.

Cependant voir les exemples, Lyon-Caen et Renault, n° 309.

2. Notamment le vendeur ne peut opposer une clause de non garantie sur une demande en dommages-intérêts basés sur l'existence d'une servitude non apparente qu'il a lui-même créée, Cass., Civ., 8 mars 1921, D. 1924.1

Dans le même sens, Cass. req. 17 oct. 1893. D. 1891.1.4 et Cass. req. 8 déc. 1880; D. 1881.1.351.

l'usufruit ou la jouissance du bien dont il est propriétaire. Dans ces conditions il ne perd pas ses droits sur la chose et à l'issue du contrat de société il sera en droit de la réclamer, sauf convention contraire dans l'acte de société, ou perte fortuite de la chose.

La question du risque est modifiée sensiblement dans ce cas. S'il s'agit d'usufruit, la société et l'actionnaire supporteront respectivement les risques d'usufruitier et de nu-propriétaire. Mais si la perte était le fait de l'un des deux, cela entraînerait au profit de l'autre un droit à des dommages-intérêts pour le préjudice subi. Cependant, dans tous les cas où la société devient en fait propriétaire du bien dont elle a reçu l'usufruit (et c'est le cas en particulier des choses qui se consomment par l'usage, si elles sont destinées à être vendues et surtout si aux termes de l'article 1851 du Code civil la chose a fait l'objet d'une estimation), elle assume *ipso facto* tous les risques et elle devra rendre compte de la disparition de l'apport à l'actionnaire¹ en se basant sur la valeur de l'apport au moment où celui-ci a été livré à la société et non pas au moment où il doit être restitué à l'actionnaire (dissolution ou liquidation)².

Mais dans le cas d'un immeuble mis en société, cette estimation si elle a lieu n'est pas susceptible de faire l'objet d'une demande en rescission pour lésion de plus des 7/12^e selon l'article 1674 du Code civil. Cette solution est d'ailleurs justifiée le plus souvent par des considérations économiques plutôt que juridiques³.

1. Houpin et Bosvieux, n° 99. — Quant à l'estimation il n'est pas nécessaire qu'elle soit portée à l'acte de société lui-même.

2. Baudry et Wahl, n° 571.

3. On invoque la liberté de l'apporteur en société plus grande que celle du vendeur. Cependant l'apporteur souvent prendra moins soin de débattre un prix exact car il ne pense pas aliéner définitivement son bien.

Pour les apports comportant simplement la jouissance d'un bien pendant un temps déterminé (durée fixe dans le cas d'un brevet, ou durée égale à la vie de la société, le plus souvent), la société ne possède à l'encontre de l'apporteur qu'un simple droit de créance lui permettant d'exiger les prestations successives nécessaires pour lui procurer une jouissance paisible pendant tout le temps prévu.

Les risques demeurent alors entièrement à la charge du propriétaire et la disparition se fera à son seul préjudice. Mais ceci entraîne des conséquences graves car l'apporteur se trouve alors presque immanquablement dans l'impossibilité de continuer à fournir les prestations qu'il doit à la société et par suite de réaliser son apport. On se trouve alors dans le cas prévu par l'article 1867 : « la société est également dissoute dans tous les cas par la perte de la chose lorsque la jouissance seule a été mise en commun et que la propriété en est restée dans les mains de l'associé ¹ ».

Les rapports qui naissent entre la société et l'actionnaire sont analogues à ceux qui existent entre un bailleur et son locataire sans qu'il y ait démembrement des droits de propriété ². Il n'y a donc pas lieu à transcription sauf s'il s'agit d'un bail emphytéotique (lois du 23 mars 1855 et du 25 juin 1902) ; en dehors de ce cas, l'Administration de l'enregistrement elle-même reconnaît que cet apport doit être assimilé à un simple bail et ne perçoit pas le droit de transcription ³. Cependant, il n'y

1. Thaller et Pic, n° 37.

2. Houpin et Bosvieux, n° 100. Pour l'apport en jouissance d'un capital, solution discutée en doctrine : il est valable selon Baudry et Wahl, contesté par Thaller.

3. Maguero J., Soc., 1912, 487.

aura véritablement bail que si l'associé devait recevoir en rétribution une somme annuelle imputable au compte de frais généraux de la société et par conséquent à l'abri des risques de l'entreprise. Mais si cette somme, même fixe, est à prélever sur les bénéfices sociaux, il ne fait aucun doute qu'on se trouve en face d'un apport, soumis aux chances bonnes ou mauvaises, de la société ¹.

*
**

Ainsi l'apport d'un associé peut aussi bien porter sur un corps certain que sur la jouissance ou l'usufruit de certains biens.

L'ensemble de ces diverses modalités constitue la catégorie des apports en nature, par opposition aux apports en numéraire pour lesquels la souscription des actions prévoit la libération par paiement en espèces; par opposition également à ce qu'on appelle les apports en industrie qui portent sur les connaissances ou le talent personnel d'un associé, ces facteurs étant mis au service de la société pendant la durée du pacte social ².

Les apports en nature font l'objet d'une nomenclature détaillée dans la rédaction des statuts. Il serait possible cependant que les apports soient décrits dans un acte séparé, car la loi n'a prévu aucune réglementation de forme à l'égard de ceux-ci. Mais cependant, il est de règle qu'une clause fixe ce point et décide le nombre

1. Le caractère est très important pour la distinction entre contrats analoges au pacte social mais où la participation des parties aux bénéfices et leur contribution en cas d'insuccès des affaires sociales aux pertes que peut subir la société. — En particulier : vente, prêt, louage, bail.

2. Le caractère licite des actions attribuées aux apports en industrie est discuté (voir Percerou, *Des fondations de sociétés anonymes*, p. 142 et 182 ; Wahl, n° 635, également Houpin, n° 365 et 691).

d'actions attribuées en rémunération aux apporteurs en nature¹. Ces actions sont libellées comme les autres et représentent un capital dont le montant représente la valeur des apports; cependant, cette évaluation ne doit pas être confondue avec celle dont il est parlé plus haut, et qui entraîne l'application de la règle « estimation vaut vente ».

En effet, en principe, les apports en nature sont rémunérés par des actions d'apports selon la procédure fixée par la loi du 24 juillet 1867. Mais ce n'est pas obligatoire et le mode de rétribution peut varier dans une très large mesure. Nous ne pouvons pas entrer dans la description des diverses modalités. Nous en verrons, d'ailleurs, certaines au cours des chapitres consacrés à l'examen du régime fiscal actuellement en vigueur.

RÈGLES SPÉCIALES APPLICABLES À CERTAINS APPORTS EN NATURE.

Au cours des pages précédentes, nous avons rapidement examiné les règles générales et les droits types que l'on pouvait transférer à une société à titre d'apport. Ces règles sont complétées par les prescriptions de la loi du 24 juillet 1867, concernant les sociétés par actions qui prévoient une procédure de vérification et d'approbation des apports en nature ou avantages particuliers par les actionnaires souscripteurs en numéraire. Nous nous bornons à rappeler l'existence de ces prescriptions qui sortent du cadre de cette étude. Cet ensemble s'applique à tous les biens qui peuvent faire l'objet d'un

1. Voir en particulier Decugis, *Traité pratique des sociétés par actions*, ch. I.

apport en société et nous avons vu combien la définition « apport en nature » comportait de souplesse et de compréhension. Mais parmi les biens sur lesquels le transfert des droits peut constituer un apport, deux catégories nécessitent une brève étude à cause de l'importance qu'elles ont dans les conséquences fiscales possibles; il s'agit des biens immobiliers et des fonds de commerce.

A) DES IMMEUBLES. — Le caractère consensuel du pacte social a pour conséquence le transfert des droits sur l'immeuble dès que la société acquiert la personnalité juridique en satisfaisant aux conditions de constitution fixées par la loi.

En nous plaçant dans le cas où c'est le droit de propriété qui a été cédé par l'apporteur, l'application de l'article 1583 du Code civil rend la société propriétaire dès que l'accord s'est établi sur la chose et le prix. Par conséquent, on a pu convenir que l'immeuble serait conservé par l'ancien propriétaire pendant un temps plus ou moins long sans retarder l'instant de la mutation de propriété ¹.

Mais ceci n'a lieu qu'à l'égard des parties : la loi du 23 mars 1855 sur la transcription s'est préoccupée d'assurer à ces mutations une publicité destinée à avertir les tiers de l'acte qui avait été conclu, les tiers étant définis ainsi : tous ceux qui ont acquis des droits sur l'immeuble et les ont conservés conformément aux prescriptions de la loi. Par suite, l'apport en société de droits immobiliers, étant un acte translatif doit être transcrit ²

1. Cass. civ., 14 janvier 1902 (D. 1903.1.217).

2. Thaller et Pic, n° 33. Copper Roger, tome I, 85 *quater*, p. 507.

et le transfert de propriété n'est opposable aux tiers qu'autant qu'ils sont censés en être avertis par l'accomplissement de cette formalité¹.

Cette obligation ne comporte aucune sanction ni aucun délai pour être accomplie. Mais le retard apporté à transcrire cette mutation a pour conséquence de la rendre non opposable aux tiers pendant ce délai, si bien qu'à l'égard de ceux-ci la cession de droits immobiliers consentie par l'apporteur, postérieurement au pacte social mais avant que la transcription du titre ait été régulièrement faite au bureau des hypothèques, serait parfaitement valable si elle-même avait fait l'objet d'une transcription.

La préférence est, en effet, déterminée par la date de transcription des actes sans égard pour la date de ces actes eux-mêmes². Et les administrateurs de la société seraient responsables du préjudice qui pourrait en résulter, si la mise en cause de l'apporteur devait être insuffisante pour dédommager celle-ci³.

Il faut faire une réserve cependant : si les tiers ont pu avoir connaissance de l'apport en société de cet immeuble par un moyen autre que la transcription et cela d'une manière personnelle et spéciale de nature à faire exclure la bonne foi, ils ne pourraient plus alors, invoquer le défaut de transcription car celui-ci n'est pas une condition de fonds, mais une formalité destinée simplement à faire connaître la mutation⁴. Mais il ne faut pas assimiler ce cas à la publicité générale faite en vertu

1. Cass., 25 avril 1893 (S. 1897.1.515); cass, 3 juillet 1899 (J. Soc., 1899, p. 400).

2. Cass. Req., 27 nov. 1893 (D. 1894.1.342).

3. Seine; 20 janvier 1883 (I. soc., 1883, p. 150).

4. Aubry et Rau, t. IV, n° 378. Cass. 22 mars 1898 (S. 1903.1.86).

de la loi du 24 juillet 1867 : celle-ci a un but nettement différent et elle est trop restreinte pour assurer la diffusion nécessaire. Ces différentes mesures de publicité sont ainsi destinées à se compléter sans que l'une d'elle puisse se substituer aux autres et en tenir lieu. Du reste, les textes sont formels et ne comportent aucune réserve ¹.

La transcription est nécessaire pour les apports en propriété ou en usufruit, mais s'il s'agit d'un simple apport en jouissance, nous avons déjà vu qu'elle est inutile à moins qu'il ne soit fait pour une durée dépassant dix-huit ans ².

L'immeuble apporté en société peut être grevé d'hypothèques ce qui va nécessiter une procédure de purge pour laquelle la transcription est aussi une condition préalable indispensable.

En effet, la société peut désirer délivrer l'immeuble de toutes les charges qu'il supporte et, de même qu'un acquéreur ordinaire, elle a la faculté de recourir à la purge aussi bien pour les hypothèques légales que pour les hypothèques conventionnelles ³. Lorsqu'il s'agit d'un acquéreur ordinaire, c'est le prix convenu dans l'acte qui est offert aux créanciers. Ici la contre-partie consiste en droits sociaux, en actions et c'est le montant total de la valeur nominale des actions attribuées qui tiendra lieu de prix ⁴. Dans le cas d'avantages spéciaux sans valeur définie, il y aura lieu d'en faire l'évaluation aussi exactement que possible et d'offrir cette valeur aux créanciers.

1. Houpin et Bosvieux, n° 105, Paris 18 déc. 1884 (*Rev. des Soc.*, 1885-470). — Copper Royer, n° 85*quater*, p. 508.

2. Voir *supra*, p. 5.

3. Douai, 10 déc. 1903 (*J. Soc.*, 1904, p. 270).

4. Nancy, 19 août 1882 (*D.*, 1883.11.131).

A côté des charges connues, cet immeuble peut être grevé de droits réels ou charges non apparentes dont l'apporteur n'a pas signalé l'existence et ceci, suivant le cas, peut, soit donner lieu à des dommages-intérêts, soit constituer une cause de nullité pour la société bénéficiaire.

Dans le cas d'hypothèques existant du chef de l'apporteur et dissimulées par celui-ci l'apport n'est pas moins valable. Si l'apporteur s'est engagé à fournir son apport franc et quitte de toutes charges, s'engageant à rapporter dans un délai déterminé la preuve de la radiation des inscriptions hypothécaires existantes et qu'il n'a pas pu, dans ce délai, remplir cet engagement, le trouble qui en résulte pour la société ne peut être déterminé *in abstracto*. Ce sera toujours un cas d'espèce et selon les circonstances les solutions de la jurisprudence ont été, soit la condamnation à des dommages-intérêts¹, soit la résolution du contrat de société avec l'argument suivant : l'actionnaire ayant reçu en échange de son apport net de charges, un certain nombre d'actions, et n'ayant pas délivré son apport dans l'état prévu, une partie des actions attribuées est sans objet et par suite le capital social n'est pas entièrement souscrit, ce qui conduit à la nullité². Il n'y a donc pas de règle générale à en tirer.

Il est prudent, dans tous les cas, où des éventualités semblables sont possibles, de ne pas délivrer les actions d'apport tant que l'engagement pris n'a pas été rempli. Le délai de deux ans où les actions ne sont pas négociables et doivent rester à la souche, présente déjà une

1. Pour les dommages-intérêts (voir Cass. req., 20 nov. 1888 et Douai, 10 décembre 1903 précité. Toulouse, 18 janvier 1887 (J. soc., 1890, p. 321).

2. Douai, 6 août 1930 (J. soc., 1904, p. 220).

garantie. Il ne faudrait pas hésiter à le prolonger, en fait, tant que la société court un risque du fait de l'actionnaire.

D'autre part l'immeuble peut être grevé de servitudes non apparentes que la société n'a pu connaître qu'après l'évaluation de l'apport, la vérification et l'approbation par les assemblées. Il y a donc là une sorte d'éviction partielle du fait de la limitation de jouissance qui en résulte pour elle. Cette servitude peut même porter sur un point tel que si elle avait été connue l'apport n'aurait pas été accepté. L'article 1638 qui prévoit alors la possibilité pour l'acheteur de demander la résiliation du contrat, doit entraîner par analogie la possibilité pour les coassociés de demander l'annulation du pacte social. C'est également la solution de l'article 1636 du Code civil. Cependant cette conséquence grave n'est pas forcément obligatoire et la société pourra se contenter d'exercer contre l'actionnaire une action en dommages-intérêts pour l'indemniser du préjudice qu'elle subit, action basée sur la garantie à laquelle elle a droit de la part de celui-ci.

La question serait analogue et la solution serait la même si l'actionnaire avait déclaré à tort que l'immeuble jouissait de servitudes ou de droits réels actifs dont la société devait profiter¹ et qu'en fait elle n'a pu exercer.

Enfin, que décider pour la question de contenance ? Les erreurs ou les approximations sont très fréquentes lorsqu'il s'agit d'évaluer la contenance d'un terrain déterminé. Sans qu'il y ait eu de mauvaise foi chez les par-

1. Houpin et Bosvieux, n° 102, Copper Royer, tome I, 99bis.

ties, le terrain a une surface qui est plus grande ou moins grande que celle pour laquelle il est cédé. Aussi le Code civil (art. 1616 et suivants) a fixé quelques règles à ce sujet. Par l'article 1619 en particulier elle a accordé une tolérance égale au $\frac{1}{20}$ de la superficie totale dans l'hypothèse d'une vente. Le point discuté est de savoir s'il faut étendre cette règle au contrat de société. Certains auteurs estiment que le contrat d'apport doit être favorisé d'une plus grande exactitude étant donné que tous les associés ne peuvent jouir de la même tolérance; que notamment les souscripteurs en numéraire sont dans l'impossibilité d'en bénéficier et que le grand principe en matière de société, l'égalité entre tous les associés s'oppose à l'application de l'article 1619. L'attribution des actions n'est pas un forfait, on peut fractionner en petites parties la récompense due à l'apporteur et il n'y a aucune raison pour ne pas établir un ajustement exact des récompenses.

A l'appui de cette opinion¹ on invoque la consécration de la jurisprudence avec l'arrêt de cassation du 14 janvier 1862² qui rejeta une demande de garantie basée sur ce point, mais en considérant qu'il s'agissait d'une vente et non d'un apport. *A contrario*, dit-on, s'il s'était agi d'un apport, l'article 1619 ne devait pas s'appliquer.

Dans une opinion inverse, à laquelle nous nous rallions, on invoque l'article 1845 du Code civil dont les termes sont fort nets : « Lorsque cet apport consiste en un corps certain et que la société en est évincée, l'asso-

1. Houpin et Bosvieux, n° 103. Copper Royer en fait une question d'espèce, tome I, 99bis, p. 583.

2. Cass. civ., 14 janvier 1862 (S. 1862, I, 533).

cié est garant envers la société de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur¹. »

Pourquoi écarter ici la raison pratique qui a fait établir cette sorte de compromis dans le contrat de vente ? Le fondement de la règle, à notre avis, n'est pas dans la nature du contrat, mais bien dans son objet dont la mensuration n'est jamais à l'abri d'une légère erreur. Le plus simple est donc de s'en tenir au texte et d'accepter pour l'apport le régime de la vente (c'est l'opinion de M. Wahl dans la note placée sous l'arrêt de la Cour de cassation, Chambre des requêtes, du 3 janvier 1900, S. 1901.1.321).

*
**

Nous avons étudié dans le paragraphe ci-dessus la situation de la société qui reçoit en apport un bien immobilier : les différents points qui ont été examinés, concernaient les obligations de l'actionnaire apporteur envers la société, et notamment les recours dont celle-ci disposait si l'apport n'était pas conforme à ce qu'elle en attendait. Mais nous avons négligé l'autre face de la question, c'est-à-dire les droits de l'ancien propriétaire non pas comme associé, mais comme apporteur. Que deviennent le privilège de vendeur et l'action en rescision pour lésion de plus des 7/12^e ? Nous verrons dans un chapitre postérieur qu'il n'est pas appelé à en profiter.

B) DU FONDS DE COMMERCE. — Le fonds de commerce, pourrait-on dire, a été reconnu par la loi du 17 mars

1. En ce sens Baudry-Wahl, n° 186.

1909, qui a groupé sous cette expression des éléments d'actif de deux sortes : éléments incorporels, tels que l'enseigne, l'achalandage, le droit au bail, les droits de propriété industrielle, etc. ; éléments corporels tels que le matériel, l'agencement, les marchandises. Cette loi a organisé un système de publicité applicable aux fonds de commerce, tendant à faire connaître aux créanciers du propriétaire du fonds les cessions que ce dernier pourrait consentir. C'est dans un plan différent le même effort de sincérité que visait à obtenir la loi du 23 mars 1855.

La loi (art. 3 et 7) prévoit une déclaration ou un enregistrement de l'acte de cession suivi d'une publication dans un journal d'annonces légales à deux reprises différentes : la première fois dans la quinzaine de la cession ; la seconde fois, du huitième au quinzième jour après la première insertion. Cette publicité doit alerter les créanciers et faire naître les oppositions au paiement du prix de la cession pour que les créanciers puissent être désintéressés sur les sommes revenant à leur débiteur. Les délais de production ne commencent à courir qu'à partir du jour de la publication de l'acte de société comprenant l'apport du fonds, lorsque cet apport est fait à une société qui se crée. Au contraire, si la société bénéficiaire est déjà constituée le délai part des publications prévues par l'article 3 de la loi¹.

Si le passif qui est ainsi révélé apparaît comme excessif aux yeux des coassociés et enlève l'intérêt que l'ap-

1. Article 7, § 1 et 2. La contradiction apparente des articles 3 et 7 sur la mise en société ne doit pas être relevée. Les travaux préliminaires montrent en effet que ces mots ont été ajoutés dans l'article 3 dans le seul but de le rendre plus compréhensif. Copper Royer, I, 85 bis.

port du fonds de commerce pouvait avoir pour la société, ces coassociés peuvent introduire une demande en annulation de la société, s'il s'agit d'une société qui se fonde, ou de l'apport si, le fonds de commerce était apporté à une société déjà existante. Cette demande doit être faite dans un délai de quinze jours suivant le délai accordé aux créanciers pour la déclaration¹.

L'annulation est le seul recours prévu par la loi dans ce cas.

Mais si cette demande en annulation n'intervient pas, ou si l'annulation n'est pas prononcée par le Tribunal de commerce quelle va être la situation de la société ? Une décision très rigoureuse de la loi dit qu'alors la société est tenue solidairement avec l'apporteur au paiement de tout le passif régulièrement déclaré et justifié.

Or, par ailleurs, l'acquéreur pur et simple n'est tenu que jusqu'à concurrence du prix, ce qui est infiniment plus favorable comme situation. Que doit-on décider, dans ces conditions, lorsqu'il s'agit d'un apport à titre onéreux participant pour partie du statut de l'apport et pour partie de celui de la vente ? C'est évidemment le caractère de l'apport qui l'emporte puisque, si petite que soit la valeur de l'apport, la société devient codébitrice de tout, il suffit d'une fraction pour la mettre dans cette situation².

En cas de non exécution des formalités de publicité prévues par la loi du 17 mars 1909, la cession ne sera pas opposable aux créanciers qui pourront tenir le fonds comme existant toujours dans le patrimoine de

1. Sur les modifications envisagées, voir *J. soc.*, 1912, p. 468.

2. Dans ce sens Lacour et Bouteron, n° 851.

leur débiteur, et constituant une partie du gage général en vertu de l'article 2092 du Code civil. Mais dans le silence des textes, on ne peut en déduire que la société devient responsable solidairement avec l'apporteur du passif existant¹.

Cette procédure s'applique dans le cas d'apport en propriété ou en usufruit, sans qu'il y ait à se préoccuper de distinctions ou de clauses secondaires. Mais dans le cas d'un simple apport en jouissance, la loi de 1909 ne s'applique pas ; rien n'y est prévu en effet. Cependant, un projet de loi déposé au Sénat en 1912, soumettrait également le bail de fonds de commerce à la publicité et cet apport deviendrait alors légalement l'objet d'une publication (voir le commentaire du *Journal des Sociétés*, 1912, p. 468).

La garantie due par l'apporteur l'oblige à protéger la société contre les troubles et les évictions provenant de tiers en ce qui concerne le bail par exemple, et également contre tous vices cachés pouvant exister dans l'un quelconque des éléments du fonds de commerce transféré.

Il n'existe pas de règles particulières sur ce point si ce n'est ce que nous venons de voir.

Mais pour le trouble qui pourrait provenir du fait même du cédant, il y a une particularité importante : nous avons dit que parmi les éléments incorporels du fonds se trouvait l'achalandage. Or la réunion d'une clientèle est l'œuvre de l'apporteur qui a été en contact pendant un nombre d'années plus ou moins grand avec chaque élément de cette clientèle. Il est donc à craindre

1. Cependant en sens contraire, Rouen 22 février 1911 (*J. soc.*, 1912, p. 223). Mais cet arrêt est unanimement critiqué en doctrine.

qu'après avoir apporté son fonds à la société, il n'essaye de récupérer à son seul profit les clients de son ancienne maison de commerce et qu'en s'établissant à nouveau, il ne vienne concurrencer efficacement la société. Aussi la précaution habituelle consiste à interdire à l'apporteur tout acte susceptible de diminuer la valeur du fonds primitif et en particulier tout nouvel établissement.

Mais nos lois interdisent tout engagement analogue qui serait à la fois illimité dans le temps et dans l'espace, et de telles clauses seraient frappées de nullité comme contraires à l'ordre public. De nombreuses décisions de la Cour de cassation en font foi (Cass., 19 déc. 1860¹, S. 1861.1.504 ; Cass., 3 mars 1868², D. 1868.1.481 ; Cass., 30 mars 1885³, S. 1885.1.216 ; Cass., 14 mars 1904, *J. Soc.* 1904.412)¹. La nullité prononcée, il resterait une question de fait et l'obligation de garantie interdirait à l'apporteur de se rétablir.

Toute contravention à cette règle de la part de celui-ci mettrait la société en droit de demander les dommages-intérêts pour le préjudice subi par elle pendant le temps où son exploitation a été placée en concurrence et de demander également la fermeture du nouveau fonds. La condamnation contient, en général, l'ordre de fermer sous une astreinte par jour de retard ou même l'exécution du jugement en utilisant la vertu de la formule exécutoire².

1. Egalement Paris, 12 janvier 1898 (D. 1898.11.350) et 3 novembre 1898 (*J. soc.*, 1899, p. 24).

Copper Royer, t. I, 99 bis p. 582 : le rétablissement devrait être considéré comme une éviction partielle.

2. Cass., 4 février 1901 (S. 1902.1.171).

*
**

Que deviendra le fonds de commerce à l'expiration du contrat de société ? Les statuts ont pu stipuler que le fonds sera mis dans le lot de l'apporteur (dans le cas d'un apport en propriété) ; sinon, ce fonds faisant partie de l'actif social au même titre que tous les autres éléments du patrimoine de la société, il appartiendra au liquidateur d'en tirer le meilleur parti possible au profit de tous les actionnaires.

Si, au contraire, l'apport ne comportait que l'usufruit ou la simple jouissance, le fonds ferait retour au propriétaire dans les conditions fixées par la convention d'apport.

*
**

Nous bornerons à ces deux catégories ce bref examen des règles spéciales à certains biens susceptibles d'être mis en société. Le but de cette étude n'étant pas d'établir le statut juridique des apports en société, il nous suffira d'avoir décrit les apports en nature portant sur des immeubles ou des fonds de commerce, car l'importance de ceux-ci sera primordiale dans les conséquences du régime fiscal qui va être défini.

CHAPITRE II

LE REGIME FISCAL DES APPORTS EN SOCIÉTÉ

En indiquant les effets juridiques des différents actes d'apport en société, nous avons toujours considéré la société bénéficiaire comme une personne morale distincte, qui pouvait apparaître en nom dans les actes et conventions, dès que les formalités de constitution légale avaient été régulièrement remplies. Ce point est très important pour les conséquences qui en résultent et principalement pour tout ce qui concerne le patrimoine social.

La question de la personnalité juridique des sociétés n'a été tranchée par aucun texte formel. L'acte de société pourrait avoir de simples effets déclaratifs, ou bien créer un être moral distinct de la personne des associés. Cependant, certains articles du Code laissent supposer que la deuxième solution doit être adoptée¹. La majorité de la doctrine et la jurisprudence considèrent les sociétés comme constituant une personne morale distincte des associés, ayant ses droits, ses obligations et ses actions propres².

1. L'article 529 du Code civil détermine meubles les droits sociaux même si la société possède des immeubles dans son actif. L'article 69 du Code de procédure civile sur la compétence *rationae personae* décide que les sociétés de commerce doivent être assignées au lieu de leur siège social.

2. Planiol, *Droit civil*, n° 3005 et s. (discussion). Baudry et Wahl, n° 11 et s. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, p. 99. Cass. 25 février 1879 (S. 1881.1.461) et 25 mars 1890 (S. 1892.1.126).

Cette faveur ne peut naturellement s'accorder qu'avec une constitution régulière de la société qui va en bénéficier ¹. Et bien qu'il existe certains arrêts de jurisprudence reconnaissant la personnalité juridique à des sociétés entachées d'irrégularités quant aux règles de formation, mais ayant satisfait aux conditions de publicité, il faut admettre que seule une régularité stricte met à couvert la société sur ce point.

La seule conséquence que nous en tirerons, c'est que les biens existant dans le fonds social sont la propriété exclusive de la société et qu'elle va avoir sur eux les droits les plus étendus, tandis que les associés les perdront de ce fait, dans la limite fixée par l'acte d'apport ².

*
**

Les biens reçus des apporteurs constituent donc un patrimoine appartenant exclusivement à la société, patrimoine que celle-ci reçoit au moment de sa création et qui sera la raison et les moyens de son activité ³. Cette activité va s'exercer pendant tout le cours de la société.

Ces biens initiaux qui tirent leur origine de l'acte de constitution se conserveront peut-être en nature, s'il s'agit d'immeubles, de droits immobiliers, de brevets, de fonds de commerce, etc., mais très souvent, ils se transformeront ou s'échangeront selon les mouvements de

1. Cass., 23 août 1863 (D. 1.353). Copper Royer est cependant partisan de la personnalité du fait même de l'existence du pacte social, tome I, n° 23.

2. Houpin et Bosvieux, n° 56. Copper Royer, tome I, n° 24 : « La propriété de ces apports matériels ou pécuniaires passe du patrimoine de chaque apporteur dans celui de l'être moral à dater de la constitution définitive de ce dernier; il s'opère alors une véritable mutation de propriété ».

3. Copper Royer, tome I, p. 241. « Il va de soi que l'être moral peut posséder; il doit même nécessairement posséder, car il n'existe point de société sans apports. »

valeurs et l'objet particulier qui caractérisent cette société. Ceci est évident pour le numéraire, les valeurs fongibles et tout ce qui est destiné à être consommé.

C'est vrai en particulier de tout apport de marchandises ou d'objets destinés à être revendus ou, si l'entreprise s'occupe d'industrie, à être transformés avant d'être remis dans la circulation. Cela sera parfois vrai aussi de tout autre bien qui sera aliéné en cours de société pour de simples raisons d'opportunité, à moins que le pacte social n'ait prévu des limites au droit de disposition de la société.

D'autre part, des biens nouveaux acquis, soit en remplacement des premiers, soit en utilisant les plus-values d'actif ou les bénéfices d'exploitation, viendront s'ajouter aux biens initiaux qui se sont conservés tels qu'ils furent apportés et c'est l'ensemble de ces éléments qui va former ce que nous avons appelé le fonds social ou le patrimoine de la société.

Par conséquent, dans l'actif social, nous allons pouvoir distinguer bientôt une part qui existe depuis la constitution de la société sans transformation et une autre part qui évidemment tire son origine du capital apporté et en représente la valeur, théoriquement, mais après avoir subi des transformations successives selon les actes juridiques conclus au cours de l'existence de la société. Cette distinction d'origine va présenter un intérêt pour la société, non pas du point de vue du droit civil, mais du point de vue du régime fiscal. Disons tout de suite que, pour les tiers, le patrimoine social est indivisible et sert tout entier de gage aux créanciers de la société ; les associés ne recevront le remboursement de leurs

apports qu'après désintéressement de ceux-ci et extinction du passif social ¹.

En droit civil, lorsqu'un bien meuble ou immeuble est apporté à une société en toute propriété, il s'opère une transmission des droits sur ce bien, de l'associé qui en a fait l'apport à la société considérée comme personne morale distincte. L'associé apporteur et la société, sont, vis-à-vis l'un de l'autre, dans une situation analogue à celle d'un vendeur vis-à-vis d'un acquéreur, sous certaines réserves que nous verrons plus tard ². La différence fondamentale réside dans la contre-valeur : le vendeur recevra un prix en argent représentant la valeur de son immeuble, l'apporteur recevra certains droits sociaux tels que la vocation aux bénéfices éventuels et un droit à exercer sur l'actif social au moment du partage. Mais le mode de rémunération importe peu : la société, dans les deux cas, fait entrer le bien dans son patrimoine et peut en disposer à son gré.

S'il s'agit d'apports en usufruit, la société sera soumise aux obligations imposées à l'usufruitier par les articles 605 et suivants du Code civil. Elle jouira par contre des mêmes droits qui sont accordés à celui-ci. La situation sera donc la même que si cet usufruit a été acquis à titre onéreux au cours de la société.

L'apport en jouissance établira une situation analogue à celle que fait naître un bail et en principe les mêmes règles s'appliquent qui régissent la situation du bailleur et du preneur.

La comparaison approfondie des apports en capital,

1. Baudry et Wahl, n° 359 et 360, Copper Royer, tome I, n° 24.

2. Ces réserves portent sur les droits que le vendeur possède à l'encontre de l'acheteur et dont l'apporteur ne peut se prévaloir vis-à-vis de la société.

en usufruit ou en jouissance d'une part, et la vente, l'usufruit ou le bail d'autre part montrerait que chaque cas présente des particularités. Mais nous voulons simplement montrer que le régime fiscal n'est pas justifié par une différence fondamentale basée sur le droit civil. Au contraire, dès qu'une société est régulièrement constituée selon les règles légales applicables à sa nature, et qu'elle est par suite dotée de la personnalité juridique, son patrimoine se comporte comme celui d'un particulier, sous réserve des restrictions légales, et en principe rien ne distingue les biens possédés d'après leur mode d'acquisition par la société.

*
**

Au contraire, si l'on envisage les choses du point de vue du droit fiscal, les deux modes de formation du patrimoine social doivent être nettement différenciés : nous allons en voir la raison. Nous supposons qu'il ne s'agit pas d'apports à titre onéreux, question que nous retrouverons un peu plus loin.

Le droit fiscal, en effet, considère l'apport en société comme purement déclaratif et non pas translatif de propriété : par suite, la loi du 22 Frimaire an VII soumettait, à un droit fixe de formalité les actes de constitution de sociétés.

Comment s'explique cette dérogation aux principes généraux de l'enregistrement qui est soutenue encore actuellement par une jurisprudence très ferme ?

Il semble bien qu'une raison historique ait influencé les rédacteurs de la loi de l'an VII. Pothier, dans son *Traité sur le contrat de société*, disait : « Les associés

autres que l'apporteur n'ont que des droits conditionnels sur le bien mis en société par celui-ci et pour le cas où ce bien tomberait dans leur lot au lieu d'être repris par lui. » Et plus loin : « Le contrat de société que j'ai fait avec vous et par lequel je les (les biens) ai mis en communauté ne vous y a donné qu'un droit conditionnel, dépendant de l'événement du partage pour le cas seulement où, par l'effet du partage, ils tomberaient dans votre lot¹. » Car Pothier niait la personnalité morale des sociétés et n'admettait pas, par conséquent, la transmission des biens à leur profit au moment de l'apport. Or, dans les travaux préparatoires de la loi de Frimaire, on retrouve la trace très nette de ces idées, en particulier dans le rapport qui fut présenté au Conseil des Cinq-Cents au moment du vote de la loi².

Cette interprétation est évidemment contestable, car c'est prêter à l'apporteur un singulier calcul que de lui supposer l'intention de céder conditionnellement son bien à un autre associé au moment de la liquidation. — Il ignore qui sera cet associé, qui peut-être ne fait même pas encore partie de la société. — En fait, il entend tout simplement mettre ce bien dans le patrimoine social en échange des droits sociaux qui lui sont accordés. Enfin et surtout, la personnalité morale des sociétés n'étant plus contestée, il est difficile que cet apport n'opère pas transmission de droits au profit de la société.

Le principe du régime fiscal ne fut cependant pas modifié, car une autre raison venait plaider pour le

1. Pothier, *Contrat de société*, chap. IX, n° 179 (Edition Bugnet).

2. Les termes du rapport de Duchatel au Conseil des Cinq-Cents furent repris presque littéralement sur ce point par Cretet, rapporteur de la loi au Conseil des Anciens.

maintien d'un régime de faveur réservé aux actes constitutifs de société. Le rapporteur de la loi du 28 février 1872, invoquant cette raison, disait : « On aurait pu exiger un droit de mutation mobilière ou immobilière, car l'apport en société est en réalité, si ce n'est au point de vue fiscal, une véritable translation de propriété, cependant la commission pense comme le gouvernement qu'il convient de maintenir les facilités accordées aux associations de capitaux dans le but d'en favoriser la création ². »

C'est là une raison purement d'opportunité, surtout si l'on considère que cette déclaration se place peu d'années après la loi de 1867 qui édictait un nouveau régime de liberté réglementée pour les sociétés par actions. Car la constitution d'une société crée un patrimoine nouveau qui sera la source d'une activité nouvelle, d'une utilisation meilleure et plus active des biens apportés. Elle deviendra pour l'Etat la source de nouvelles perceptions et par conséquent il est naturel de favoriser la création de ces sociétés, puisqu'il en découlera pour le Trésor cet avantage d'une augmentation du rendement des impôts.

Et dans l'exposé du procureur général Beaudoin qui précéda l'arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 1904, celui-ci disait : « J'ajoute que le législateur a été d'autant plus porté à agir ainsi (soustraire l'acte de société à la perception immédiate d'un droit), qu'il a été appelé à ménager ce que je puis appeler la poule aux œufs d'or ². »

Mais l'Administration de l'enregistrement n'a pas

1. Dans ce sens, Garnier, *Répertoire général de l'Enregistrement*, v^o Société ; droits d'enregistrement.

2. D. 1905, I, 209.

admis toutes les conséquences que devait avoir cette évolution de la théorie. Il aurait fallu en effet accepter l'idée que l'apport opère mutation et que cette mutation, parce qu'elle se fait au profit d'une société qui se crée, bénéficie d'un droit réduit. Elle estime au contraire que l'apport d'un bien meuble ou immeuble n'opère pas mutation actuelle parfaite et définitive. Cette mutation est soumise à la condition suspensive que l'objet ne sera pas repris par l'auteur de l'apport lors du partage des biens sociaux. Elle ne se réalise par conséquent d'une manière complète que par l'attribution de cet objet à un associé qui n'en était pas propriétaire. Jusqu'à cette époque, elle est en quelque sorte suspendue.

Cette théorie de la mutation conditionnelle permet d'expliquer assez logiquement la situation des apports pendant la durée de la société. Si, à l'expiration du contrat de société, le bien en nature se retrouve dans l'actif social et fait retour à l'actionnaire qui en avait été l'apporteur, il n'y a pas lieu de percevoir un droit de mutation. Si, au contraire, ce bien est mis dans le lot d'un actionnaire différent, alors il y a eu changement de propriétaire, à travers un circuit un peu compliqué et l'enregistrement est en droit de percevoir les droits de mutation qui s'appliquent à la nature du bien en question.

*
**

La doctrine a très vivement critiqué cette solution administrative en se basant en particulier sur le texte de la loi de Frimaire qui à aucun moment ne prévoit la possibilité de percevoir ultérieurement un droit spécial ou

un droit complémentaire de mutation. Ces critiques sont devenues d'autant plus vives que la nécessité de trouver des ressources nouvelles amenait nos législateurs à transformer le droit fixe primitif en droit fixe gradué, puis en droit proportionnel réduit qui n'a plus guère de réduit que son nom. Il devenait donc difficile de soutenir qu'il s'agissait toujours d'un simple droit de formalité. Le taux du droit perçu, au contraire, venait renforcer la thèse de ceux qui y voient un tarif de faveur tempérant les droits de mutation normaux. Par conséquent, au moment de la liquidation de l'actif social ou de sa répartition entre les associés, seul devrait être perçu le droit de partage, quelles que soient la composition des différents lots et leur attribution aux associés ¹.

Rien ne sert de discuter pourtant au point de vue pratique, car la jurisprudence est formelle et des arrêts récents confirment qu'elle n'est pas près d'évoluer.

Un arrêt solennel de la Cour de cassation, toutes chambres réunies, du 6 juin 1842 disait ceci : « Attendu, en droit, que toute mutation de propriété d'immeuble est soumise au droit proportionnel ;

» Que c'est par faveur toute spéciale que la loi de l'enregistrement en cas de société, comme en quelques autres cas exceptionnels, permet que, lorsqu'un associé apporte dans la société comme mise sociale la propriété d'un immeuble, il ne soit perçu qu'un droit fixe ;

» Attendu que si, à la suite de la dissolution et de la

1. Le taux applicable à la mutation au moment de la liquidation est également l'objet de discussion en doctrine. L'administration, suivant en cela sa théorie sur la nature juridique de l'apport, considère la valeur du bien au moment de l'apport. Certains auteurs voudraient que la mutation soit envisagée au moment de la liquidation (Wahl en note S 1896.1.418). En sens inverse, Copper Royer, tome V, n° 842, p. 18.

liquidation de la société, la propriété de cet immeuble est attribuée à un associé autre que l'ancien propriétaire, la mutation définitive arrivant, et nul droit proportionnel n'ayant encore été perçu, on doit le payer à l'occasion de cette mutation ¹. »

Et la Cour de cassation, toutes chambres réunies, prononçait le 22 décembre 1904 un arrêt solennel dont nous extrayons ces considérants.

« Attendu que toute mutation de propriété d'immeubles est soumise au droit proportionnel en vertu du principe général déposé dans l'article 4 de la loi du 22 Frimaire an VII.

» Attendu que c'est par une disposition favorable édictée dans l'intérêt de la formation des sociétés que l'article 68, § 3, n° 4, de ladite loi n'a soumis qu'à un droit fixe les actes de société purs et simples dans lesquels un associé apporte comme mise sociale la propriété d'un immeuble ; mais que si, à la suite de la dissolution et de la liquidation de la société, la propriété de cet immeuble est attribuée à un associé autre que l'ancien propriétaire, *la mutation définitive étant ainsi réalisée*, le principe général doit recevoir son application, et *le droit proportionnel, non encore perçu, doit être acquitté...* ². »

Et dans les conclusions déposées par le ministère public préalablement à cet arrêt, il était dit : « Cette théorie de la cession conditionnelle des apports sociaux subordonnés à l'événement du partage et aux attributions qui en résulteront n'a cessé d'être admise par vos deux chambres civiles : elle remonte à 1838 et n'a cessé

1. Jurisprudence générale, v° Enregistrement, n° 3589, note 2. S. 1842, 1.485.

2. D. 1095, 1.209.

depuis lors de se renouveler, se dégageant et s'affirmant de plus en plus dans des conditions qui ne permettent vraiment pas la discussion ¹. »

Quelques années plus tard, en 1911, sollicitée à nouveau par un pourvoi sur une question analogue, la Cour de cassation reprenait des termes analogues pour exprimer la même idée :

« Attendu que si l'article 68, § 3, n° 4, de la loi du 22 Frimaire an VII n'a, par une faveur spéciale, soumis qu'à un droit fixe les actes de société purs et simples dans lesquels un associé fait apport d'un immeuble, le principe général reçoit son application *et le droit proportionnel devient exigible lorsqu'à la suite de la dissolution de la société la propriété est attribuée* à des associés autres que l'apporteur, d'où il suit qu'en décidant que la *mutation* des biens provenant de Gillet *s'était définitivement réalisée* au profit de la dame Brault et de Teisset et avait donné ouverture au droit proportionnel, le jugement attaqué n'a violé aucun des textes visés au moyen ². »

1. D. 1905.1.210 et la note.

Depuis un arrêt de la Chambre civile du 27 juin 1882 (D., 1883.1.69) la jurisprudence de la Cour de cassation a accepté un moyen qui lui a été suggéré par l'Administration; tout apport en société impliquerait une mutation conditionnelle entre associés, c'est-à-dire la cession conditionnelle par l'auteur de l'apport à celui ou ceux des associés qui plus tard en viendrait attributaire par partage ou acte équipollent. Ce caractère conditionnel de la mutation expliquerait que la convention d'apports échappe aux droits de mutation au moment de l'enregistrement de l'acte constitutif de société. Mais cette perception n'est que suspendue et le droit ne devient exigible que le jour où la condition se trouve réalisée par l'attribution à l'associé, de l'apport d'un autre. Si l'on tient cette théorie pour exacte et c'est en tous cas celle de la juridiction actuelle, il faut en déduire, vu l'effet rétroactif de la condition réalisée, que la mutation remonte au jour même de la convention d'apports. Comme le dit l'arrêt des chambres réunies de 1904 « ce qui se passe en pareil cas est toujours une suite du pacte social et de la volonté qu'a chaque associé d'aliéner le bien mis par lui dans la société dans le cas où pour une cause quelconque il sera attribué à autre qu'à lui-même, aussi la transmission de propriété procède nécessairement à titre antérieur au partage » (Binet, Doyen de la Faculté de droit de Nancy.)

2. D. 1913.1.27.

Ainsi donc, l'opinion des tribunaux se confirmait sans modifications et cet arrêt du 28 avril 1911 montrait la stabilité de leur jurisprudence. Celle-ci est toujours d'actualité et s'applique encore aujourd'hui sans qu'on puisse prévoir une évolution ou un renversement possible dans un avenir prochain ¹.

*
**

Ce régime fiscal, favorable quelle que soit la théorie qui lui serve de base, est appliqué aux sociétés uniquement au moment de leur constitution ou de leurs augmentations de capital. Mais il n'y a aucune raison aux yeux du fisc pour les en faire bénéficier au cours de la vie de la société. A ce point de vue, plus aucune difficulté quant à leur personnalité morale, et l'achat d'un bien meuble ou immeuble par une société constituée sera considéré sans discussion comme translatif de propriété. Il subira, lors de l'enregistrement de l'acte, la perception du droit de mutation particulier à l'objet ou au droit acquis.

Il faut même aller plus loin, puisque la loi du 31 mars 1903 a assujetti à la taxe de mainmorte les sociétés qui ont une existence propre et subsistent indépendamment des mutations qui peuvent se produire dans leur personnel (sauf les sociétés en nom collectif ou en commandite simple). Cette taxe est une taxe de remplacement destinée à frapper les biens qui ne seraient pas atteints en général par les droits de transmission parce qu'ils appartiennent à des personnes morales. La loi ne se préoc-

1. Cass. req., 15 juin 1920 (*J. soc.*, 1921, 156); Cass. civ., 17 janvier 1922 (*J. soc.*, 1923, 14).

cupe donc nullement d'exonérer les sociétés de droits auxquels seraient assujettis les simples particuliers s'ils se trouvaient dans la même situation ¹.

Nous verrons même dans un paragraphe suivant que la loi distingue aussi au moment des apports les apports à titre onéreux de ceux qui sont rémunérés uniquement en droits sociaux : elle réserve à ces derniers seulement son régime privilégié et fait une distinction pour les autres entre la part rémunérée en action et celle rétribuée en argent.

Ainsi donc, l'enregistrement ne percevra pas les mêmes droits sur des opérations qui, nous venons de le voir, ont les mêmes conséquences juridiques en droit civil. L'apport d'un bien en société sera taxé selon les règles dérivant de l'article 3 de la loi du 22 frimaire an VII, tandis que l'achat du même bien par la même société donnerait lieu à la perception d'un droit tirant son origine de l'article 4 de la même loi.

Pour apprécier l'intérêt pratique représenté par cette différence de régime et les avantages pécuniers qui peuvent résulter de l'emploi de l'un ou l'autre procédé, il est nécessaire d'étudier chaque droit séparément.

Comme les droits de mutation varient en quotité suivant la nature du bien faisant l'objet de la vente, les proportions de l'économie réalisable varieront parallèlement. Notre but n'est pas d'examiner chaque cas, mais de nous borner à l'un des plus typiques, celui des cessions portant sur des biens immobiliers.

Pour pouvoir procéder à la comparaison des deux modes d'acquisition sur le plan fiscal, nous allons suc-

1. A. Wahl, *Traité du régime fiscal des sociétés*, 1909, n° 846.

cessivement examiner chacun des deux régimes, ce qui nous permettra d'écarter le cas où aucun choix n'est possible : la loi établit en effet des présomptions irréfragables qui, lorsque certaines conditions sont réalisées, permettent à l'enregistrement de percevoir les mêmes droits quelle que soit la forme de l'acte qu'on lui présente. Aucun intérêt n'existe dans ces cas-là à adopter un mode plutôt que l'autre¹.

LES DROITS D'ENREGISTREMENT APPLICABLES AUX APPORTS EN NATURE.

Les dispositions légales sont différentes suivant que l'on est en présence d'apports rétribués uniquement par des actions ou droits sociaux (on leur donne le nom d'apports purs et simples ou d'apport à titre gratuit, ou bien au contraire suivant que l'apporteur reçoit en échange à la fois des droits sociaux et d'autres valeurs (ce sont alors des apports mixtes ou apports à titre onéreux ou encore apports-ventes). Le législateur a réservé à la première catégorie l'application d'un système favorable que nous allons étudier.

*
**

A) APPORTS PURS ET SIMPLES. — Sous l'empire de la loi du 22 frimaire an VII et en vertu de l'article 68, § 3, de cette loi, la constitution d'une société était assujettie à un droit fixe de trois francs et par conséquent les apports

1. Loi du 30 décembre 1928. Cette question sera reprise et étudiée dans un chapitre suivant.

en société quels que soient leur nature ne payaient d'autre taxe que ce droit fixe ; c'était la conséquence du fait que l'apport en société n'était pas considéré comme translatif de propriété.

La loi du 28 avril 1816 porta ce droit à cinq francs.

Le principe du droit fixe fut abandonné sous la III^e République et la loi du 28 février 1872 remplace ce droit fixe par un droit gradué qui devint, avec la loi du 28 avril 1893, un droit proportionnel réduit de 0,20 %. Le taux de cette taxe fut porté à 1 % par la loi du 29 juin 1918.

Enfin, et c'est le régime actuellement en vigueur, la loi du 13 juillet 1925, article 40, éleva ce droit proportionnel réduit à 2 fr. 50 %. Comme la loi du 22 mars 1924 a, par son article 3, majoré de 2 décimes tous droits perçus par l'enregistrement, ce droit se trouve être en définitive de 3 % du montant net des biens mobiliers et immobiliers apportés à la société¹ déduction faite du passif².

Le droit est dû sur tous les apports reçus par la société sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant la nature, l'importance ou la situation de ces biens. Ces biens peuvent être placés en France ou à l'étranger ; la composition de l'apport d'un même associé peut être uniforme ou mixte ; les apports peuvent être entièrement ou partiellement libérés³ ; un apport peut avoir fait l'objet d'une simple promesse ou d'une stipulation de terme⁴ ; la nature du

1. G. enregistrement, art. 271, § 13.

2. *Rev. enreg.*, n° 5529, § 5.

3. Cass. req., 1^{er} juin 1908 (*J. soc.*, 1909. p. 203); Seine, 25 juillet 1910 (*J. soc.*, 1911, p. 284).

4. La promesse d'apport étant alors taxée à 3 % l'acte contenant la réalisation de cette promesse sera enregistrée au droit fixe (acte complémentaire).

droit de l'apporteur sur le bien n'est pas davantage examiné ; le droit de 3 % est exigible dans tous les cas.

La valeur seule compte donc ; comment la détermine-t-on ? L'acte de société offre un moyen facile de fixer cette valeur, puisqu'il contient l'attribution d'actions dont le nominal est bien établi. Et il faut en déduire qu'il n'y a pas à se préoccuper des privilèges et droits particuliers accordés à une catégorie d'actionnaires (tel que le vote plural ou une priorité quelconque). Ces droits sont accessoires et ne peuvent en tous cas être évalués en argent : ils ne sont pas susceptibles d'entrer dans le calcul du droit d'enregistrement.

Mais, en outre du capital souscrit, la société reçoit souvent aussi des apports qu'elle ne récompense pas par des actions d'apports, mais par des parts de fondateurs, par des actions d'industrie non incorporées au capital, par un droit sur les bénéfices ou sur l'actif ou n'importe quelle autre combinaison : cela ne suppose pas la fixation d'une valeur nominale et cependant il faut comprendre tout cela dans les apports taxables. Le droit est alors perçu d'après une déclaration estimative des fondateurs qui est annexée à l'acte de société¹. Au cas où cette déclaration ne serait pas faite, l'Administration serait en droit de procéder elle-même à cette évaluation et de taxer d'office².

Aussi bien pour les apports purs et simples que pour les apports à titre onéreux, la question du désaccord sur les évaluations proposées par la société d'une part et la

1. La régie possède d'ailleurs le droit de critiquer l'évaluation et de taxer d'après ce qu'elle estime la valeur réelle des apports (*Rev. d'enreg.*, n° 748).

2. Cass, civ., 2 juillet 1879 (*Rép. d'enreg.*, n° 5299 et Sirey, 1880.1.39).

Régie d'autre part est réglée par les articles 262 et suivants du Code d'enregistrement (De l'Expertise).

L'Administration de l'enregistrement reçoit le droit de faire procéder à l'expertise.

La requête à fin d'expertise peut être déposée au tribunal civil pendant deux ans après la date de la présentation de l'acte à l'enregistrement dans le cas général et pendant six mois pour les fonds de commerce. Le tribunal, statuant en Chambre du conseil, nomme alors un expert unique pour procéder à l'expertise. Cette nomination intervient dans le mois de la demande. L'expert est tenu de conclure par un procès-verbal dans le délai de trois mois à compter du jour où la décision de justice lui est remise. Si l'administration ou les parties n'acceptent pas les conclusions de l'expert, la partie la plus diligente peut demander, dans le mois du dépôt au greffe du rapport d'expertise, une contre-expertise confiée au besoin à trois experts, mais analogue à l'expertise pour la procédure et les conditions. La demande de contre-expertise est, à peine de déchéance, signifiée à la partie adverse.

Le tribunal, jugeant en matière sommaire, reste compétent pour statuer sur les incidents de l'expertise et de la contre-expertise¹.

Lorsque les résultats de l'expertise sont définitifs, la valeur réelle du bien est fixée et la Régie en déduit si la déclaration des parties était suffisante ou non. Dans l'affirmative, la Régie supporte tous les frais et n'est pas fondée à réclamer un supplément de perception. Si, au contraire, l'expertise montre une insuffisance, et que

1. Code d'enregistrement, article 265,

cette insuffisance dépasse le huitième de la valeur primitivement fixée¹, l'Administration perçoit :

- 1° Le droit simple sur l'excédent de valeur ;
- 2° Un droit en sus si un accord amiable intervient avant le dépôt du rapport de l'expert ; un double droit en sus dans les autres cas².

Le droit se calcule sur le montant net, déduction faite du passif et des charges qui grèvent le bien apporté. Mais si l'apporteur conserve à sa charge le passif dû, c'est le montant brut total qui servira de base ; c'est uniquement si le paiement incombe à la société qu'il y aura lieu de le défalquer, ce qui diminuera d'autant le montant du droit à payer ; mais, comme nous le verrons plus loin, ce passif est alors taxé au tarif des mutations d'après la nature du bien sur lequel il porte ; car la Régie, soutenue par la jurisprudence, considère qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre le versement de fonds à l'apporteur ou pour le compte de celui-ci : c'est alors un apport à titre onéreux, assujetti à d'autres tarifs³.

Le droit n'est dû qu'autant que la société s'est définitivement constituée, car jusqu'à ce moment, il n'est pas certain que la société devienne propriétaire des apports. Dans le cas d'une société anonyme, il faudra attendre la nomination des premiers administrateurs et des commissaires aux comptes ainsi que leur acceptation — ainsi qu'il est décidé par l'article 25 de la loi du 24 juillet 1867 — et le droit n'est perçu que sur présentation du procès-verbal de la séance qui constate cette accep-

1. Si l'insuffisance est inférieure au huitième du prix, l'administration se borne à percevoir le droit simple sur l'excédent de valeur.

2. Ce droit ou ce double droit en sus, étant une pénalité comporte les décimes prévus par l'article 147 du Code d'enregistrement.

3. Pontarlier, 13 décembre 1906, *Rev. d'enreg.*, n° 4344.

tation¹ ; si une clause portait une condition suspensive, retardant la constitution définitive, le paiement du droit ne deviendrait exigible qu'au moment de la réalisation de la condition².

Pour la liquidation du droit, il n'y a pas lieu de tenir compte des actions prévues, mais non émises (simple faculté donnée au conseil d'administration de porter le capital à un montant supérieur, par exemple) ; ce ne doit pas être considéré comme apport futur, mais simplement éventuel. De même, s'il est prévu un apport complémentaire, ce n'est qu'au moment de sa réalisation que le droit sera payé. L'Administration a en effet fixé ainsi les conditions d'exigibilité dans l'instruction générale n° 3807, § 21. La clause portant seulement que le capital pourra être augmenté n'entraîne pas l'exigibilité du droit d'apport.

Apports immobiliers. — Le taux du droit d'enregistrement payé sur les apports n'est pas susceptible de varier d'après la nature du bien. Il n'existe pas de taxe complémentaire, sauf dans le cas d'apports portant sur des droits immobiliers ou des immeubles. En effet, lorsqu'il s'agit d'immeubles, ce droit de 3 % n'est pas le seul qui soit perçu par l'enregistrement. Cet apport est en outre frappé d'un droit de transcription, établi par la loi du 25 juin 1920, qui est de 2 %³. La majoration du double décime a porté ce taux à 2,40 %, et le décret du 14 mars 1933 à 2,50 %.

Il n'est pas applicable cependant si, comme nous

1. Cass. req., 16 janvier 1894 (*Rev. d'enreg.*, n° 663).

2. Cass. civ., 7 mai 1906 (*J. soc.*, 1906, 27). L'acte, au moment de la présentation paiera le droit fixe de 22 fr. 50.

3. Le droit de transcription a été établi par la loi du 13 juillet 1911, article 8 au tarif de 1,50 % ; ce taux a été porté à 2 % par la loi du 25 juin 1920.

l'avons vu au chapitre I, la transcription n'est pas nécessaire : en particulier, l'apport en jouissance d'un immeuble pour une durée ne dépassant pas dix-huit ans n'est pas taxable de ce chef ¹.

La liquidation du droit prend pour base la valeur nominale des actions remises en récompense de l'apport ² ; lorsque cet élément d'appréciation fait défaut, c'est dans la déclaration souscrite par les parties que la Régie puise les renseignements nécessaires. Mais il faut signaler ici une différence entre la base de liquidation du droit proportionnel et celle du droit de transcription : le passif susceptible de grever l'immeuble ne peut être déduit par la société pour établir la valeur nette. La taxe de 2,50 %, en raison de l'indivisibilité de la transcription, se liquide sur la valeur intégrale du bien.

Comme pour le droit proportionnel, l'Administration de l'enregistrement peut estimer insuffisante l'évaluation des immeubles apportés et pourra faire constater cette insuffisance par la procédure d'expertise, telle qu'elle a été réglée par la loi du 13 juillet 1925 déjà vue.

Par conséquent, une société recevant l'apport d'un immeuble devra acquitter dans le cas normal un droit de 5,50 % de la valeur de cet immeuble telle que cette valeur résulte du montant des parts sociales attribuées à l'apporteur.

En sus du droit de transcription proprement dit dont le paiement est obligatoire lors de la présentation de l'acte à l'enregistrement, il s'ajoute un droit de formalité de transcription qui n'est dû qu'autant que la trans-

¹. Maguero, *J. soc.*, 1912, p. 487.

². Cass, civ., 12 janvier 1910 (*J. soc.*, 1910, 392).

cription est effectivement requise. Le taux de cette dernière taxe, instituée par la loi du 27 juillet 1900, a été porté par la loi du 30 avril 1911 à 0,40 % ; les deux décimes s'y étant ajoutées, cette taxe est donc actuellement de 0,48 %.

Les règles sont les mêmes que pour le droit de transcription. Les conditions de formalités ont été minutieusement fixées par le décret du 24 juillet 1921, complété par le décret du 28 août 1921, qui ont modifié dans les détails d'exécution la loi de 1855 et les articles du Code civil relatif à la transcription.

**

B) APPORTS A TITRE ONÉREUX. — Nous avons étudié la question dans le cas le plus simple, celui où l'apporteur recevait exclusivement en échange de son bien un certain nombre de parts sociales, ou un droit dans les bénéfices de la société ¹.

Mais lorsqu'il s'agit d'apports rémunérés par un paiement en argent, l'enregistrement perçoit un droit proportionnel de vente qui varie suivant la nature des biens apportés. Par le fait même que le propriétaire, en ne recevant pas, comme rétribution, des droits sociaux subissant un risque, il y a mutation, aussi bien selon la théorie de l'enregistrement qu'en raisonnant dans le sens du tarif de faveur. Par conséquent, il n'existe aucune raison d'exonérer partiellement la société pour la seule raison que ces opérations se placent au moment de sa

1. Si la société était débitrice envers l'apporteur qu'il y ait ou non des bénéfices distribuables (voir Seine, 13 juillet 1908, *J. soc.*, 1911, 184). Nous retrouverons plus loin l'étude de ce cas particulier,

constitution. Un contrat de société contenant des dispositions de ce genre ne paierait plus uniquement le droit d'enregistrement de 3 %, mais il paierait pour partie un droit de mutation, en vertu de la théorie des dispositions indépendantes².

Lorsque le propriétaire reçoit de la société en échange de son bien à la fois des actions ou droits sociaux et un prix en espèces ou tout autre avantage ne participant pas au risque social, il en résulte un régime spécial qui tient de l'apport pur et simple et de l'apport à titre onéreux : c'est ce qu'on appelle l'apport mixte. Nous n'en ferons pas une étude séparée, car la Régie fait la séparation au moment de la perception des droits : elle taxe à 3 % la partie de l'apport qui est rémunérée par des droits sociaux et perçoit pour le surplus le droit de mutation comme pour les apports à titre onéreux, d'après le taux applicable à la nature de l'apport. Ainsi, dans le cas où la société reçoit un immeuble en prenant à sa charge les hypothèques qui le grèvent, cette société est censée recevoir comme apport la valeur nette de l'immeuble (ainsi que nous l'avons dit plus haut) et acheter le restant au propriétaire à concurrence du montant de l'hypothèque : pour une part, droit d'apport ; pour l'autre, droit de mutation sur immeubles.

Pour que le droit de mutation devienne exigible, il n'est pas indispensable que la contre-partie soit une somme d'argent et qu'elle soit versée entre les mains de l'apporteur lui-même. Car on peut arriver en définitive

2. Les dispositions indépendantes sont celles qui, malgré leur juxtaposition dans un même acte, ne sont pas dans une dépendance réciproque telle qu'elles forment en droit tous les éléments nécessaires d'un contrat unique. Copper Royer, tome V, n° 845, p. 23 et s.

à ce résultat par de très nombreux moyens dont la jurisprudence n'a cessé d'avoir à connaître, car la pratique a eu recours à des présentations ingénieuses pour dissimuler le caractère véritable de la convention intervenue entre parties¹.

Le droit de mutation est dû quelle que soit la nature des valeurs remises ou promises à l'apporteur (numéraire, obligations, droit assuré et fixe, délégations de créances ou prise en charge par la société d'un passif). Ce paiement n'a pas besoin d'être prévu par les statuts. Un acte postérieur mettra en droit la Régie de réclamer les droits à condition que l'Administration puisse rapporter la preuve du fait.

En particulier, selon une jurisprudence constante (Cass. req., 5 févr. 1894, Cass. civ., 3 déc. 1906)², ce droit est dû aussi bien lorsque ce paiement est fait entre les mains de l'apporteur que lorsqu'il est fait aux créanciers de celui-ci en sus des droits sociaux qui lui ont été attribués. La même solution s'applique si la société prend à sa charge un passif grevant l'apport, tel que l'obligation d'acquitter tout ou partie du prix à un précédent vendeur³.

Ainsi l'apport d'un immeuble dans de telles condi-

1. Cass. sic., 8 novembre 1864 (Sirey, 1865.1.47); Cass. civ., 6 mai 1896 (*J. soc.*, 1896, 396); Seine, 3 novembre 1904 (*Rev. d'enreg.*, n° 3375), etc.

2. Seine, 3 novembre 1904 (*Rev. d'enreg.*, n° 3775 et *J. soc.*, 1905, 330); Thiers, 5 avril 1905 (*Rev. d'enreg.*, n° 4130).

3. Cass. req. 5 février 1894 (*Rev. de l'enreg.* n° 634). Une société en liquidation apporte son actif à une autre société et en rémunération de cet apport, elle reçoit des actions de cette nouvelle société, ces actions d'apport entièrement libérées, sont remises à un syndicat de capitalistes spécialement créé dans le but de recevoir ces actions et en contre-partie d'éteindre le passif de la première société. Cass. civ., 3 décembre 1906 (*J. soc.*, 1907, 428).

4. Cass. civ., 8 novembre 1864 précité. Seine, 17 janvier 1922 (*Rev. d'enreg.* n° 7790); Seine, 3 novembre 1904 (*J. soc.*, 1905, 330) précité; Seine, 10 nov. 1908 (*Rev. d'enreg.*, n° 4887).

tions, serait imposé du droit de 12 % sur les mutations, augmenté, le cas échéant, de la taxe complémentaire de première mutation, de 3 % comme dans le cas d'une vente d'immeuble. Cependant ce droit ne serait pas liquidé sur la base de la valeur totale de l'apport, mais uniquement sur la partie de cette valeur qui n'aura pas été rémunérée en actions mais en argent¹.

Pourtant dans une hypothèse bien définie, le droit de mutation n'est pas exigible : c'est le cas où plusieurs copropriétaires apportent en société un bien indivis, cette société prenant l'engagement d'acquitter les charges qui le grèvent. En effet, une pareille stipulation est sans influence sur les droits respectifs des coassociés sur la situation respective des copropriétaires. Aucun d'eux ne reçoit un avantage personnel et aucune partie de l'apport n'est soustraite aux risques sociaux. Mais ce cas ne peut s'appliquer qu'à des sociétés de personnes².

En cas de fusion ou de transformation de société lorsque les biens de l'ancienne société sont apportés à la société nouvelle, le droit de vente est dû d'après la nature des biens transmis, mais sans imputation du droit de transcription qui a pu être perçu à l'origine sur l'apport immobilier fait à l'ancienne société³.

La société, s'étant engagée par convention avec l'apporteur à payer une certaine somme soit à celui-ci soit à des tiers, reçoit l'apport à titre onéreux. Mais cependant si l'obligation de payer et le paiement d'un passif par exemple n'étaient assumés par la société qu'à son

1. Houpin et Bosvieux, n° 2256. Copper Royer, tome I, n° 85 *quater*, p. 506 et tome V, n° 845.

2. Cass., 29 mai 1883 (Sirey, 1884.1.441); Cass., 14 novembre 1893 (Sirey 1894.1.517).

3. Seine, 26 octobre 1901 (*Rev. d'enreg.*, n° 2928).

corps défendant et sur la poursuite de créanciers possédant des droits réels sur le bien reçu, la situation ne serait plus la même. Celle-ci paierait alors le passif pour le compte du propriétaire dont elle deviendrait créancière et le droit de mutation ne serait pas perçu (Application du principe dans un cas analogue faite par le tribunal de Lille, 27 décembre 1913 où la société qui recevait en apport un fonds de commerce grevé d'un nantissement stipulait que si elle était amenée à un moment quelconque à rembourser le créancier nanti elle aurait un recours contre l'apporteur).

Lorsqu'il est établi que le pacte social ne contient pas uniquement mention d'apports à titre gratuit, l'enregistrement perçoit, à la présentation, les droits de mutation qui varient d'après la nature des biens reçus par la société à titre onéreux pour tout ou partie : ces droits sont ceux que la loi a fixés pour les mutations ordinaires, c'est-à-dire pour les ventes, baux, etc., selon chaque catégorie de biens ou de droits.

Par conséquent, pour énoncer de façon complète les prescriptions fiscales susceptibles de s'appliquer aux apports non gratuits, il faudrait énumérer les nombreux tarifs prévus pour les différentes natures et variétés de droits et de biens susceptibles d'être transférés à une société. Ceci nous entraînerait trop loin et nous ne ferons que citer brièvement le régime de transmission des immeubles et des fonds de commerce : ceux-ci, en effet, comportent des droits de mutation très élevés, offrant ainsi une importante différence dans le montant des droits à percevoir suivant qu'ils sont taxés comme apports simples ou comme ventes.

Nous avons supposé jusqu'ici qu'il s'agissait d'une société qui se constituait et recevait à ce moment un patrimoine fourni par les fondateurs. Mais le capital social initial est susceptible de varier et en particulier d'augmenter en recevant dans certaines conditions des apports nouveaux au cours de l'existence de la société.

Ceci n'entraîne pas une réglementation spéciale pour ce qui regarde l'enregistrement. En effet, si l'acte présenté à la Régie constate le transfert d'apports rémunérés avec des actions créées par augmentation de capital, le régime précédemment décrit pour les constitutions de société va s'appliquer sans modification : les lois de finances ont en général englobé dans les mêmes dispositions les créations de société, les prorogations et les augmentations de capital.

Cependant, il faut noter que lorsque la souscription d'actions nouvelles comporte le paiement d'une prime d'émission les différentes taxes perçues sont établies sur le montant de la valeur nominale augmentée de la prime d'émission (Cass. civ., 11 mars 1931), (*Revue de l'Enregistrement*, n° 9494).

Ces différents droits sont exigibles uniquement sur le montant des souscriptions nouvelles et non sur le total cumulé du capital social (il en est ainsi, en particulier, du droit proportionnel), car la Cour de cassation décide que l'augmentation de capital n'a jamais pour effet de créer une société nouvelle (arrêt de la Chambre civile du 28 avril 1923, *Revue de l'Enregistrement*, n° 5746) ¹.

1. Cependant en sens inverse un arrêt isolé de la Cour de cassation, du 23 novembre 1901 avait dit qu'une augmentation considérable du capital social par rapport au capital initial pouvait entraîner constitution d'une société nouvelle (*Rev. d'enreg.*, n° 2874).

DROITS DE MUTATIONS A TITRE ONÉREUX.

Dans les deux paragraphes suivants nous verrons sommairement les règles de perception et les tarifs applicables : 1° aux immeubles ; 2° aux fonds de commerce, en cas de vente ou d'apport en société à titre onéreux (ces deux situations étant les mêmes aux yeux du fisc).

1° IMMEUBLES. — Quel est le régime fiscal appliqué dans le cas d'une vente d'immeubles ?¹

Par l'opération juridique de la vente, un propriétaire d'immeuble transporte de son patrimoine dans le patrimoine de l'acheteur, moyennant une contre-partie, la valeur de son immeuble. Cette transmission de droits, sanctionnée par un acte translatif de propriété sera l'objet de la part de l'enregistrement, de la perception d'un droit proportionnel en vertu d'une règle établie par la loi du 22 frimaire, an VII, dans son article 4.

La quotité de ce droit avait été fixée par cette même loi à 4 % de la valeur de l'immeuble. Il fût porté à 5 fr. 50 % en principal par la loi de finances du 28 avril 1816, et se maintint très longtemps à ce taux.

La loi du 22 avril 1915, article 2 décida que ce droit serait élevé à 7 %, ce qui, avec la loi du 25 juin 1920, devint un droit de 10 %.

Les nécessités d'un budget sans cesse plus lourd, amenèrent le gouvernement à augmenter encore ce taux par la loi du 22 mars 1924, en même temps qu'était établie la majoration du double décime sur tous les droits perçus ; l'enregistrement des actes translatifs de propriété

1. Coper Royer, tome V, n° 846. Code d'enregistrement.

supportait alors un droit de 12 % sans décimes. L'aggravation des difficultés financières obligea à porter à 15 % le taux de ce droit par la loi du 4 avril 1926, en spécifiant toutefois que ce taux ne devait pas comporter l'application du double décime.

Ce taux était d'autant plus excessif qu'il s'aggravait encore d'une taxe complémentaire exceptionnelle sur la première mutation qui avait été inaugurée par la loi du 3 août 1926 et qui était de 7 %, *ad valorem*. Par conséquent, toute vente d'immeuble effectuée après le 3 août 1926 devait supporter la première fois, un droit total de $15 + 7 = 22$ %, c'est-à-dire près du quart de la valeur de cet immeuble (les honoraires des notaires en s'ajoutant aux droits d'enregistrement faisaient que bien souvent ces dépenses dépassaient le quart du prix).

Il y avait là une exagération manifeste de la part du législateur et celui-ci s'en rendit très vite compte, par le fait même de la baisse du rendement de cet impôt qu'on avait voulu rendre plus productif. Aussi dès la première loi portant dégrèvement d'impôts, le 31 juillet 1929, le droit de mutation fût ramené à 12 % sans décimes et la taxe de première mutation à 5 %.

On ne s'en tint pas là; le mouvement fut continué par la loi de finances du 16 avril 1930 qui abaissait cette taxe de première mutation à 3 %.

Au droit principal de 12 % la loi du 13 juillet 1925, article 42, *Code d'enreg.*, art. 271 § 20) a ajouté un droit complémentaire, proportionnel et à paliers; en effet pour toute vente d'immeubles dont le prix excède 300.000 francs, le droit de mutation à titre onéreux est majoré d'une surtaxe calculée ainsi, depuis le décret du 14 mars 1933 :

1,25 % sur la partie du prix qui excède 300.000 sans dépasser 500.000 francs ;

2,50 % sur la partie du prix qui excède 500.000 fr. ;

Cette surtaxe est assise et perçue dans les mêmes conditions que le droit de mutation, à l'exception toutefois de certaines ventes d'un caractère obligatoire, limitativement énumérées par la loi, qui en sont affranchies.

Par contre, le droit de transcription de 2,50 % n'est pas perçu en raison de la dispense de l'article 54 de la loi du 28 avril 1816 (art. 272 du *Code d'enregistrement*) qui décide que la transcription ne donne lieu à aucun droit proportionnel supplémentaire autre que la taxe de formalité.

Si les immeubles sont situés à l'étranger, la Régie perçoit en plus une taxe de 1,20 % (1 % plus 2 décimes) établi par la loi du 29 juin 1918, article 15¹, portée à 1,50 % par le décret du 14 mars 1933.

La liquidation des droits aux tarifs ci-dessus se liquide sur le prix principal augmenté des charges en capital, quand elles sont évaluées dans l'acte.

Lorsque la valeur de ces charges n'est pas précisée, les parties sont tenues de souscrire une déclaration estimative comme nous l'avons vu dans tous les cas où un prix n'est pas fixé dans l'acte². Les immeubles par destination sont incorporés dans la valeur totale de l'immeuble lui-même; ainsi qu'en décide la Cour de cassation (Chambre des Requêtes, 18 août 1842, *J. N.* 11.437).

Voilà donc le régime qui est en vigueur actuellement. Malgré le retour en arrière effectué en 1929-1930, les droits qui grèvent les transactions immobilières sont encore assez lourds. Certes si l'on considère qu'ils attei-

1. L'ancien tarif, datant de 1893, était de 0,20 %, auxquels s'ajoutait 2 décimes 1/2 ajouté en 1905.

2. Si le prix est stipulé en obligations, le droit se calcule sur le prix de remboursement du titre et non pas sur son droit d'émission (Sol., du 3 décembre 1894).

gnirent pendant plus de trois ans 22 % du prix de la chose, on accepte plus facilement le régime actuel, cependant, le cumul du droit de mutation et de la taxe complémentaire à la première mutation est très fréquente : les ventes d'immeubles s'étaient énormément ralenties pendant les années qui suivirent 1926 et par suite très peu de biens sont libérés de cette taxe. Par conséquent dans le cas général, les droits exigibles sont de 12 plus 3 soit 15 %.

*
**

2° FONDS DE COMMERCE. — Un fonds de commerce comprend ainsi que nous l'avons vu, des éléments corporels et des éléments incorporels. Mais il faut distinguer dans les éléments corporels deux catégories qui ne sont pas soumises au même tarif de taxe ; la première catégorie est assujettie aux droits exigibles pour les éléments incorporels, la deuxième catégorie qui ne comprend que les marchandises neuves bénéficie d'un tarif réduit depuis la loi du 30 décembre 1928.

Les mutations de propriété à titre onéreux de fonds de commerce ou de clientèle, aux termes de la loi du 28 février 1872, article 7, étaient enregistrées aux droits de 2 % en principal sur le montant du prix, et ce régime resta sans changement jusqu'après la dernière guerre. Le relèvement des tarifs qui eut lieu alors, fit porter ce taux à 5 % par la loi du 25 juin 1920 (art. 24).

Suivant ensuite une courbe analogue à celle relative aux droits sur les mutations immobilières, ce taux fut successivement modifié en 1924, 1925, 1926. La loi du 22 mars 1924 (art. 3) le fixait à 6 %.

La loi du 13 juillet 1925, par une légère augmentation le portait à 6,60 % (art. 43). Et la loi du 4 avril 1926 le portait à 9 % par l'article 30.

Ce droit devait être réduit par la loi portant dégrèvement d'impôts du 31 juillet 1929, article 1^{er}, qui décidait que le taux applicable était ramené à 8 % sans décimes, taux actuel.

Il est liquidé sur la base du prix de vente de l'achalandage de la cession du droit au bail, des objets mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds¹. Lorsque la valeur imposable est supérieure à 300.000 francs le droit d'enregistrement est majoré d'une surtaxe calculée ainsi, depuis le décret du 14 mars 1933 :

1,25 % sur la portion de cette valeur qui excède 300.000 francs sans dépasser 500.000 francs;

2,50 % sur la portion de cette valeur qui excède 500.000 francs.

Cette surtaxe est saisie et perçue dans les mêmes conditions que le droit lui-même, à l'exception cependant de certaines ventes d'un caractère obligatoire, limitativement énumérées au texte, et qui n'y sont pas soumises (cette surtaxe ne comporte pas de décimes).

Lorsque le fonds est situé sur le territoire de la commune de Paris, il faut ajouter une taxe additionnelle aux droits d'enregistrement prévus, dont le taux est de 1,25 % en vertu de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1900².

Enfin à ces divers droits, vient s'ajouter, s'il y a lieu,

1. Code d'enreg., art. 271, §17 modifié par la loi du 30 décembre 1928 pour les marchandises neuves garnissant le fonds.

2. Il s'agit d'une taxe de remplacement, compensant la suppression des droits d'octroi sur les boissons hygiéniques.

la taxe complémentaire à la première mutation qui est la même que sur les immeubles et dont le taux est de 3 % depuis la loi du 16 avril 1930.

La procédure d'évaluation, en cas de contestation par la Régie des prix portés dans les actes est prévue par l'article 263 du Code d'enregistrement que nous avons déjà rencontré et sur lequel nous ne revenons pas.

Quel régime s'applique actuellement aux marchandises neuves, garnissant le fonds, qui ne sont pas taxées d'après les règles ci-dessus ? La loi du 30 décembre 1928 (art. 27) a réduit le droit précédent qui était applicable, aux taux de 2 % sans décimes.

Le droit est perçu sur la somme indiquée dans l'acte de cession mais l'acquéreur ne pourrait pas bénéficier du tarif et ces marchandises seraient incorporées dans l'ensemble du fonds de commerce, si au moment de la cession elles n'étaient pas nommément désignées et estimées, article par article en quantité, prix unitaires et sommes dans l'acte même de cession (si le cessionnaire est une société, dans le cas d'un apport en particulier, c'est l'acte de société qui devra porter ces stipulations) ; le prix total de l'ensemble des marchandises devra également figurer, distinct du prix de vente du fonds et autres éléments taxés à 8 % (Ces prescriptions proviennent de la loi du 28 juin 1872, article 7).

Ceci n'est d'ailleurs que l'application dans un cas particulier d'un principe d'enregistrement dont nous verrons une autre application dans les cessions d'actions d'apport, en vertu duquel pour bénéficier du tarif réduit pour une partie d'un ensemble de biens de natures dif-

1. Loi du 31 décembre 1900, article 10, §4.

férentes soumis à des taxes de taux différents, chaque catégorie de bien doit être séparément décrite et évaluée.

Si les marchandises dépendent d'un fonds situé sur le territoire de la commune de Paris, elles sont l'objet d'une surtaxe analogue à la surtaxe de 1,25 % provenant du même texte et qui est de 0,32 %.

*
**

La même étude pourrait être faite de façon à permettre des comparaisons analogues pour les autres droits et objets qui peuvent faire l'objet d'un apport en société. Le principe serait identique la seule modification se trouvant dans le taux d'enregistrement. Dans les mêmes condition, la cession d'un bail faite à une société à charge par elle de payer à l'apporteur du droit au bail un prix indépendant des loyers est taxée d'un droit de 10 % plus 2 décimes, à condition que ce droit ne soit pas compris dans le fonds de commerce².

Les meubles et objets mobiliers doivent payer un droit de mutation de 7 % décimes compris.

Les brevets d'invention et marques de fabriques paient un droit qui est également de 7 % sans décimes, quand ils ne sont pas déjà incorporés à un fonds de commerce.

On pourrait rapprocher dans les mêmes conditions ces taux et de nombreux autres, du taux perçu uniformément pour les apports purs et simples.

2. Loi du 13 juillet 1925, article 34 et loi du 22 mars 1924 pour les 2 décimes.

**

Les chiffres qui ont été cités dans les pages précédentes peuvent être réunis en un petit tableau qui soulignera la différence des droits pour les immeubles, telle qu'elle a varié depuis l'an VII.

L'amplitude est au maximum et c'est naturel, pendant les années 1924 à 1929 au moment des fortes augmentations de droits de mutation. La taxe de première mutation est venue accuser encore la différence, surtout pendant la période 1926-1929.

En effet, lorsque le taux de mutation d'immeuble à titre onéreux fut élevé à 15%, les apports des mêmes biens payaient 5,40 %, d'où une différence de 9,60 %. Elle devint quelques mois après de 16,60 % par l'imposition de la taxe de première mutation, c'est-à-dire exactement le 1/6 de la valeur de l'immeuble.

Tout particulièrement jusqu'à la loi du 30 décembre 1928 sur les présomptions de mutations, le choix du régime des apports offrait un grand intérêt pour la société en cause, sans qu'elle courrut les risques d'être gênée par la suite dans ses opérations. Il ne peut être question d'invoquer des chiffres statistiques à l'appui d'une opinion en cette matière, mais il est certain que la pratique que nous étudierons existait dès avant cette date ; tout laisse croire qu'elle a dû prospérer pendant cette période qui lui était on ne peut plus favorable.

Si, par la suite, des modérations de taux ont été apportées aux droits d'enregistrement, tant sur les mutations à titre onéreux que sur la taxe de première mutation, ces diminutions de l'écart primitif n'en ont pas moins laissé subsister un intérêt à cette distinction. On

a vu tomber la différence de 16,60 % successivement à 11,60 % en 1930 et à 9,60 % depuis le 10 août 1930. Elle reste donc encore à l'heure actuelle très appréciable dans les cas où on peut en bénéficier.

	Droits d'enregistrement			Différence entre apport et vente		
	Apports	Taxe de transcription d'immeubles	mutation d'immeubles	taxe de 1 ^{re} mutation	sans 1 ^{re} mutation	avec 1 ^{re} mutation
Du 22 frimaire an VII au 28 avril 1816	droit fixe 3 fr.		4 %			
Du 28 avril 1816 au au 28 février 1872	» 5 fr.		5,50 %			
Du 28 février 1879 au 28 avril 1893	droit gradué		»			
Du 28 avril 1893 au 22 avril 1905	0,25 %		»		5,25 %	
Du 22 avril 1905 au 13 juillet 1911	»		7 %		6,75 %	
Du 13 juillet 1911 au 29 juin 1918	»	1,50 %			5,25 %	
Du 29 juin 1918 au 25 juin 1920	1 %				4,50 %	
Du 25 juin 1920 au 22 mars 1924	»	2 %	10 %		7 %	
Du 22 mars 1924 au 13 juillet 1925	1,20 %	2,40 %	12 %		8,40 %	
Du 13 juillet 1925 au 4 avril 1926	3 %	»	12 %		6,60 %	
Du 4 avril 1926 au 3 août 1926	»	»	15 %		9,60 %	
Du 3 août 1926	»	»	»	7 %	»	16,60 %
Du 31 juillet 1929 au 10 août 1930	»	»	12 %	5 %	5,60 %	11,60 %
Depuis le 10 août 1930	»	»	»		»	9,60 %

Mais existe-t-il des cas où il est possible de bénéficier de cet avantage ? Tout ce qui précède n'offre d'intérêt pratique que si vraiment il existe une solution permettant d'opter pour la forme de l'apport au lieu de celle de la vente.

A ce sujet, la loi du 30 décembre 1928, que nous venons de citer et qui sera étudiée au chapitre suivant, forme une séparation entre deux époques très nettes. La première, le régime ancien, très défavorable aux intérêts de l'enregistrement, offrait de très nombreuses et faciles occasions d'éviter des droits de mutation onéreux. La deuxième époque, époque en cours, a vu cette activité fort restreinte par les présomptions de mutation de la loi de 1928.

Cependant il est encore possible dans certains cas de choisir le tarif le plus avantageux.

CHAPITRE II

LES CONSEQUENCES PRATIQUES.

La liquidation des droits d'enregistrement auxquels se trouve assujetti un acte lors de sa présentation à l'administration est soumise à des principes généraux qui laissent une certaine liberté aux particuliers tout en permettant à la Régie de scruter la nature de cet acte. Sa validité et les modalités qui l'accompagnent sont examinées de façon à assurer l'exacte application de la loi fiscale.

L'administration, étrangère au contrat et par suite libre de toute obligation, n'a pas à intervenir dans les conventions par lesquelles les parties ont voulu créer entre elles une situation juridique donnée. Mais si du point de vue civil la Régie est un tiers vis-à-vis des redevables, elle est aussi du point de vue fiscal créancière de l'impôt, au point qu'elle jouit parfois d'un privilège pour la sauvegarde de ses intérêts (la séparation des patrimoines par exemple), car les lois sur l'enregistrement et les lois de finances en général font produire aux contrats privés des effets fiscaux. Ces contrats font naître une dette d'impôt et dans cette mesure la Régie créancière va avoir des droits sur les parties, afin de sauvegarder les intérêts du Trésor et d'assurer l'application de la loi d'impôts.

De cette situation vont se dégager deux règles sur l'interprétation des actes soumis à l'enregistrement. Elles ne sont inscrites dans aucun texte formel, ni dans aucune disposition explicite de la loi. La loi de frimaire semble les admettre ou les sous-entendre dans certains articles (art. 2). Elles sont admises en tous cas de façon unanime et la Cour de cassation les a maintes fois affirmées dans ses arrêts et notamment dans les arrêts du 24 avril 1854, du 20 août 1867, et du 13 décembre 1916¹.

Première règle. — L'Administration de l'enregistrement a le droit et le devoir de rechercher et vérifier le véritable caractère des stipulations d'un acte qui lui est soumis. Elle peut interpréter cet acte et le taxer non pas d'après sa dénomination mais d'après sa nature réelle, si elle estime que cette dénomination ne cadre pas avec le contenu de l'acte. Par conséquent, c'est en fonction des effets des stipulations de cet acte tels que les parties les ont désirés et prévus, que la base de taxation sera fixée.

La Régie s'est servie de cette règle comme d'une arme favorite pour déjouer les combinaisons lésant ses intérêts, et elle a été aidée dans ce sens par la jurisprudence de la Cour de cassation qui n'a jamais varié dans son principe.

L'arrêt du 20 août 1867 exprimait ainsi l'affirmation du droit de contrôle de l'enregistrement :

« Attendu que si en principe les parties peuvent revêtir leur convention de la forme qui leur agréée, et si la

1. Cass., 24 avril 1854 (Dalloz, 1854.1.157); Cass., 29 février 1860 (Sirey, 1860.1.475); Cass., 20 août 1867 (Sirey, 1867.1.407); Cass. req., 13 décembre 1916 (Instr. générale, 3494, § 1).

perception des droits d'enregistrement doit s'établir sur la forme extrinsèque et sur les effets légaux des contrats sans qu'il soit permis à la Régie de se prévaloir des vices dont ils seraient entachés ni de rechercher les intentions secrètes des parties, il en est autrement lorsque la substance d'un acte aussi bien que ses conséquences nécessaires et immédiates protestent contre la qualification que les contractants lui ont donnée et qu'il ressort de l'économie de ses dispositions qu'elles ont été combinées en vue de dissimuler une autre nature de contrat qu'on voulait soustraire au droit déterminé par la loi fiscale.

D'où il suit qu'en refusant à la combinaison établie par l'acte du 5 mars 1863 la qualification, le caractère et les effets d'une société civile... pour reconnaître ceux d'une promesse de vente et qu'en déclarant conséquemment cet acte passible du droit proportionnel de mutation, le jugement attaqué loin d'avoir violé les articles de loi invoqués par le pourvoi, en a fait une juste et exacte application ¹.»

Le 23 octobre 1908 le tribunal civil du Havre rendait un jugement dans lequel il était dit :

« Attendu qu'il importe peu que le testateur ait employé l'expression — je lègue — que l'Administration avait le droit et le devoir de restituer à un acte son véritable caractère lorsque la qualification qui lui a été donnée était en désaccord avec les conséquences qu'il entraînait ². »

Se jugement fit l'objet d'un pourvoi en cassation que la Cour de cassation rejeta le 19 avril 1910, avec en particulier le motif suivant :

1. Sirey, 1867.1.407 précité.

2. Le Havre, 23 octobre 1908. (Répert. d'Enreg. n° 11846).

« Attendu que... quels que soient les termes employés par le testateur, la Régie et le tribunal avaient le droit de restituer à l'acte son véritable caractère ¹. »

Ce droit est donc parfaitement établi sur une jurisprudence stable et nette.

*
**

Le contenu même des arrêts que nous venons de citer montr cependant que la règle d'interprétation ne soumet pas les redevables à l'avis arbitraire de la Régie. Leur indépendance est assurée par un autre principe qui peut s'énoncer ainsi.

Deuxième règle. — Les parties ont le droit de choisir entre les différentes stipulations ou contrats qui leur permettent d'aboutir aux mêmes résultats juridiques. En particulier, elles sont légitimement admises à adopter la forme d'acte qui entraîne le paiement des droits les moins élevés tout en créant les effets désirés. L'Administration est alors liée par la qualification de l'acte comme les parties elles-mêmes ².

En droit, en effet, il est très souvent possible d'aboutir à la même situation juridique en employant des moyens différents. Entre des diverses conventions possibles, il est parfaitement licite de choisir celle qui, fiscalement, sera la moins onéreuse. Cette règle a donné lieu à de fréquentes utilisations dans la pratique, tant et si bien que le législateur s'est ému de la moins-value de

1. Cass. req., 19 avril 1910. (Rep. d'Enregist. n° 1251.

2. Instr. générale, 2468, § 4, p. 30 : « La formalité est un moyen de perception étranger à la substance des actes qui sont présentés et l'impôt doit être perçu uniquement d'après la teneur de l'acte conformément à la loi. »

droits perçus qui en résultait pour le Trésor public. Il a donc tenté d'introduire le principe inverse par lequel ces « habiles applications de la loi » seraient interdites et considérées comme frauduleuses par leur intention d'éluder tout ou partie du paiement des droits d'enregistrement.

C'est là le motif de l'article 44 de la loi du 13 juillet 1925 :

« Lorsqu'il est amiablement reconnu ou judiciairement établi que le véritable caractère d'un contrat a été dissimulé sous l'apparence de stipulations donnant ouverture à des droits moins élevés, il est dû un double tarif en sus. »

L'intention du législateur (c'est-à-dire supprimer le principe du libre choix des contrats lorsqu'il était préjudiciable au Trésor), aurait abouti à l'arbitraire. La deuxième règle supprimée n'aurait plus fait contrepoids à la première. C'eût été regrettable. Heureusement, le texte ci-dessus n'a pas permis d'atteindre le but visé par l'Administration.

L'article 14 prévoit, en effet, le cas où les stipulations dissimulent le véritable caractère de la convention. Or, nous retombons alors dans le domaine d'application de la première règle, puisqu'il y a fraude, et l'enregistrement n'avait pas besoin de ce texte nouveau pour rétablir la véritable nature des conventions qui lui sont présentées.

Au contraire, puisque, dans le choix du contrat, les parties n'utilisent aucun procédé frauduleux, puisque la qualification répond au contenu du contrat, même si ce type de contrat paie des droits moins élevés qu'un autre dont les effets auraient été analogues, il n'y a pas dissimulation et l'article 44 ne s'applique pas.

La loi de 1925 n'apporte donc aucun changement à l'état de choses existant qui avait été sanctionné par de nombreux arrêts de jurisprudence¹.

Or, l'arrêt de la Cour de cassation du 20 août 1867, cité plus haut, reconnaît formellement² :

« En principe, les parties peuvent revêtir leurs conventions de la forme qui leur agréée, et la perception des droits d'enregistrement doit s'établir sur la forme extrinsèque et sur les effets légaux des contrats sans qu'il soit permis à la Régie de se prévaloir des vices dont ils seraient entachés, ni de rechercher les intentions secrètes des parties. »

L'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1855 en particulier reconnaît formellement qu'en général, toutes les fois que les parties elles-mêmes l'ont fait, il y a lieu de s'en tenir à la qualification donnée par elles à leur accord³.

Un arrêt de la même Cour, le 9 juillet 1839⁴ spécifia même que cette qualification doit servir de base à la perception de l'impôt dans le cas même où les parties tenteraient de l'abandonner pour payer un droit moindre que celui auquel elle donnerait ouverture.

Nous sommes donc en face d'une règle non moins stable et non moins nette que la première.

*
**

Les parties sont en droit de choisir la forme de contrat qui est la moins onéreuse pour elles, tout en abou-

1. On retrouve ainsi le libre choix des parties pour amener les mêmes résultats juridiques avec le minimum de droits d'enregistrement exigibles, comme auparavant (Cass., 24 avril 1854, Dalloz, 1854.1.157 précité).

2. Sirey, 1867.1.407 précité.

3. Cass. civ., 15 février 1854 (Dalloz, 1854.1.51).

4. Sirey, 1839.1.686.

tissant aux conséquences juridiques qu'elles recherchent.

C'est ainsi qu'un échange d'immeubles avec soulte au besoin, créait la même situation juridique que deux ventes immobilières et bénéficiait d'intéressantes dispenses de droits.

Pendant un certain temps, la cession de fonds de commerce se faisait moyennant un prix d'achat et une indemnité communément appelée « pas de porte », et le droit proportionnel n'atteignait que la partie du prix dénommée « prix d'achat ». En fait, la distinction était purement arbitraire et ne s'expliquait que par ses conséquences fiscales.

Dans les mêmes conditions, rien ne s'oppose, pour les immeubles qui sont acquis par une société, à ce que cette entrée dans son patrimoine se fasse sous la forme d'une vente ou sous celle d'un apport. Si la situation à laquelle désirent aboutir la société et le propriétaire s'accommode de l'une ou l'autre forme, aucune instruction ministérielle, aucun loi n'interdit, à l'heure actuelle, de préférer l'une à l'autre. Du moment qu'il n'y a pas fraude et que le contrat passé sous la forme choisie ne contient rien d'autre que les clauses entrant normalement dans le cadre de ce contrat, il est parfaitement licite de choisir la plus favorable. En l'espèce, nous avons vu, dans le chapitre précédent, que d'un choix judicieux pouvait résulter, sur le montant des droits exigibles, une économie qui avait atteint le 1/6^e du prix de l'immeuble acquis et qui est encore actuellement de presque 1/10^e.

Cependant, chaque contrat ayant ses stipulations propres, il n'est pas toujours possible d'adapter la forme de l'un aux effets d'un autre. Et si cette adaptation est

trop facile, le législateur intervient pour défendre les droits du Trésor, qui finiraient par être très gravement lésés par des particuliers trop habiles.

C'est ce qui s'est produit dans les apports d'immeuble en société, où la Régie, s'étant reconnue dans l'incapacité d'endiguer des pratiques qui lui étaient préjudiciables, demanda à être mieux défendue.

Les opérations sur immeubles trouvaient dans l'application du principe de liberté des conventions un grand intérêt qui se basait sur deux raisons :

Le tableau comparatif de la page 57 montre clairement la première : la cession d'immeubles à titre onéreux supporte des droits de mutation très élevés. La taxe complémentaire à la première mutation est venue alourdir encore la charge fiscale de cette opération. Au contraire, l'impôt prélevé sur les apports en société, resté stationnaire pendant la hausse des droits de mutation, faisait présenter de gros avantages pécuniers en faveur de ce deuxième mode d'acquisition de la propriété immobilière par une société.

La deuxième raison, c'est l'importance des transactions immobilières depuis la guerre et, surtout, l'importance relativement considérable que présente souvent un achat d'immeuble pour une société. C'est, d'autre part, un acte de longue durée, car il apparaît plus comme un placement d'argent que comme une opération à liquider dans un bref délai, du type « achat pour revendre ». Les formalités inhérentes à un transport de propriété, telles qu'elles sont fixées par le Code civil et les lois sur la transcription ajoutent encore un caractère de stabilité de cette opération qui représente, en général, un gros mouvement de valeur. Les formalités de constitutions

de société ou d'augmentation de capital, sévères et longues, ne seront donc pas une gêne puisqu'elles sont dans le caractère de l'opération.

Le champ d'application ne va donc dépendre que du nombre de cas juridiques où cette pratique sera possible et, par conséquent, du nombre de sociétés susceptibles de s'y adapter.

Les sociétés par actions sont spécialement favorisées par la forme de leurs parties sociales qui rend leur circulation facile, surtout s'il s'agit d'actions au porteur.

Or, le nombre des sociétés par actions annuellement constituées n'a pas cessé d'augmenter depuis la loi de 1867 jusqu'à ces dernières années. L'augmentation du nombre d'actions s'est produite en suivant une progression sensiblement parallèle.

D'après les statistiques publiées par le syndicat des agents de change de Paris¹, le nombre des titres-actions cotés à la Bourse de Paris a varié dans la proportion suivante, ainsi que le capital nominal global qu'ils représentaient :

	<i>Actions</i>	<i>Capital nominal</i>
1912	24.010.340	7.131.540.000
1922	50.221.500	15.051.750.000
1932	74.712.000	24.720.000.000

Mais un renseignement plus intéressant est fourni par des chiffres tirés des greffes des tribunaux relativement aux créations de société. Car l'augmentation du nombre des actions provient, en partie, du développement normal des sociétés existantes; depuis la guerre surtout, la plupart des sociétés anonymes françaises ont multi-

1. Cote officielle de la Bourse de Paris, 31 décembre 1912, etc.

plié leur capital social par des augmentations successives qui correspondaient un peu à la dépréciation lente de notre monnaie. Cette indication est confirmée par la remarque que la valeur nominale moyenne d'une action a tendance aussi à monter. La moyenne, en 1912, n'atteignait pas 300 francs par action et ne les dépassait que de justesse en 1922, parce que le type d'action à 100 francs était assez en faveur. Mais cette somme devenait presque dérisoire avec le franc tel qu'il était défini par la loi du 28 juin 1928; aussi, les 24.500.000 actions créées de 1922 à 1932 forment-elles une valeur nominale globale de 400 francs par titre. L'action type est, en effet, devenue l'action de 500 francs et les actions de 1.000 francs créées dans cette période n'étaient pas rares.

Si on examine le nombre de sociétés par actions constituées depuis la loi de 1867, on voit que les déclarations nouvelles n'ont jamais cessé de croître jusqu'en 1926 (à l'exception, naturellement, des années 1914 à 1917 incluses).

Quels sont les chiffres donnés par les statistiques¹ :

Sociétés par actions créées dans l'année

	<i>Société anonyme</i>	<i>Société en commandite par actions</i>
1881 à 1890 (moyenne annuelle) .	452	99
1891 à 1900	495	73
1901 à 1910	902	79
1911	1.226	91
1912'	1.238	114
1913	1.255	66
1914	715	44

1. Annuaire des valeurs mobilières de la Bourse de Paris, 1932.

Cf. Pr. Werner Sombart, *L'apogée du capitalisme*, vol. I, *Le capital* (Payot, 1932); M. Carsow, *Les Bourses de valeurs mobilières*, p. 5 et s., Rousseau, 1932.

1918	1.423	73
1919	2.250	77
1920	3.197	164
1921	3.215	116
1922	2.216	48
1923	2.600	178
1924	2.987	236
1925	3.070	154
1926	2.258	101
1927	2.049	49
1928	2.140	42

Pendant les dernières années, les créations de sociétés anonymes ont été moins nombreuses, du fait de la loi du 7 mars 1925, qui a créé la formule des sociétés à responsabilité limitée. Cette formule, plus simple que celle des sociétés par actions et ayant le même avantage quant à la stricte limitation des obligations de chaque associé, a eu aussitôt un grand succès, qui se fit un peu au détriment de la création de nouvelles sociétés par action. Le nombres de sociétés à responsabilité limité sont les suivants :

1926	1.790
1927	8.130
1928	7.140

Quoi qu'il en soit, le nombre des sociétés par actions actuellement existantes est de :

32.942 sociétés anonymes,
13.427 sociétés en commandite par actions.

Au total : 46.369 sociétés par actions.

**
*

Toutes les sociétés par actions, toutes les sociétés anonymes en particulier ne se sont pas créées dans le même

esprit. Dans l'idée du législateur de 1867, elles devaient permettre d'entreprendre les plus vastes œuvres en fractionnant le risque total entre un si grand nombre de parts d'associés que ce risque, si réparti, devînt minime pour chacun. Et c'est ainsi que les puissantes sociétés financières de banque, les compagnies de chemins de fer ou de navigation ont pu créer des entreprises que, seule, cette formule rendait possible. Mais ce caractère de large association de capitaux n'est pas le seul intéressant. La forme des parts sociales, matérialisées par la création de titres le plus souvent au porteur, permet les cessions de droits dans une société par les voies du Droit commercial. Et l'intérêt de ces cessions faciles est apparu aussi important que celui d'un grand concours de capitaux. Si bien que, de plus en plus, se forment des sociétés anonymes qui, dans l'esprit des fondateurs et des souscripteurs, ont l'avantage non pas de diminuer le risque et de le répartir, mais, surtout, de permettre la représentation du capital social par des titres négociables. C'est d'autant plus net que, justement, les fondateurs souscrivent parfois la majorité des actions émises, ce qui leur donne, c'est vrai, le contrôle de la société, mais en même temps leur fait courir un risque non négligeable. On peut donc avancer que c'est non pas la diminution du risque, mais la forme des parts qui leur a fait choisir cette forme plutôt qu'une autre.

Une restriction s'impose cependant : l'organisation complexe d'une société anonyme rebute un peu, et c'est ce qui a fait le succès des sociétés à responsabilité limitée, dans lesquelles on bénéficie d'une limitation du risque en même temps que d'une simplicité de fonctionnement. La loi ayant judicieusement combiné un des

principaux avantages de la société de capitaux avec la plupart de ceux des sociétés de personnes, ce type nouveau ne pouvait manquer d'attirer des suffrages.

Mais les chiffres cités prouvent bien que les sociétés à responsabilité limitée se créent bien plus aux lieu et place des sociétés de personnes qu'au détriment des sociétés par actions et on peut logiquement en déduire que c'est en grande partie à cause de la facilité de cession des parts que ces sociétés anonymes se sont créées.

En effet, les sociétés au capital social se chiffrant par plusieurs dizaines ou centaines de millions sont loin d'être les plus nombreuses dans les sociétés existantes. Les statistiques donnent les indications suivantes groupées par catégories :

Sociétés dont le capital dépasse 20 millions ..	21 %
Sociétés dont le capital est compris entre 10 et 20 millions	27 %
Sociétés dont le capital est compris entre 1 et 10 millions	36 %
Sociétés dont le capital ne dépasse pas 1 million.	16 %

Aussi, environ les 4/5 des sociétés existant actuellement ont un capital nominal inférieur à 20 millions, et la moitié du nombre total se classe dans les catégories ne dépassant pas 10 millions.

Cette indication va nous permettre d'en déduire une présomption sur la fréquence possible des opérations envisagées.

L'intérêt de l'économie à réaliser nous a servi de base dans notre raisonnement. Nous allons l'utiliser ici encore.

Une constitution de société ou l'augmentation de capital d'une société déjà créée, ne sont pas des actes juridiques simples : ils exigent de nombreuses formalités et une publicité qui entraîne une répercussion sur l'esprit des tiers. Par suite, un tel acte ne sera pas décidé à la légère et les considérations d'intérêt devront être d'autant plus fortes que le capital social sera plus élevé. Aucun de nos grands instituts de crédit ne procédera à l'acquisition d'un immeuble où va s'installer une de ses agences en utilisant la forme de l'apport ; même une réduction de taux des droits amenant d'économie de quelques millions ne le convaincra probablement pas de procéder à une augmentation de capital pour créer les actions d'apport nécessaires. A lui seul, le trouble d'avoir à rectifier les pièces imprimées et celui d'expliquer au public les motifs de ces agissements l'en empêcherait.

Au contraire, si nous prenons le cas d'une société au capital de quelques millions de francs, l'économie possible, se chiffrerait-elle même par une ou deux centaines de mille francs seulement, suffirait pourtant à faire envisager très sérieusement l'augmentation du capital par souscription d'actions d'apport. Dans certaines branches commerciales tout spécialement, les locaux nécessaires représentent une grosse part des frais généraux, car l'objet social nécessite beaucoup de place. Il en est ainsi d'une industrie de gros œuvre qui s'effectue dans de vastes ateliers. Les commerces de bois, de charpentes, de matières premières, marchandises semi-ouvrées ou pondéreuses exigent de grands entrepôts où les stocks doivent souvent demeurer un temps nécessaire assez long avant d'être à même de pouvoir être vendus. Dans les entreprises de gardiennage, garde-meubles,

warrants, etc., la question des locaux est à la base de l'activité sociale. Or, dans tous les cas où la dépense de loyer représente une forte part des frais de la société, partout où elle atteint l'importance des dépenses de main-d'œuvre ou de matières premières, la société sera incitée à se libérer de cette charge dès qu'elle aura l'occasion de réaliser une opération avantageuse en acquérant la propriété d'un immeuble qui comportera les locaux nécessaires à son objet. Là où, au contraire, on n'utilise qu'un espace réduit pour des bureaux, peu coûteux, facilement remplaçable en cas de changement de domicile, l'achat d'un immeuble pourra présenter l'avantage d'un placement d'argent, d'un emploi de réserves, d'une augmentation des immobilisations. Et, dans ce cas encore, le conseil d'administration essaiera souvent de diminuer les frais de mutation.

Mais, surtout dans le premier cas, les conditions peu onéreuses de l'opération seront évidemment la condition *sine qua non* de sa réalisation. La majoration du prix causé d'une façon indirecte par les impôts, majoration qui atteignit, pendant quelques années, près du quart du prix de cession, amenait une augmentation parallèle du prix du loyer, calculé d'après l'intérêt du capital immobilisé. Un achat, atteignant le prix net de 1 million, représentera, pour une société, un loyer de 60.000 francs en prenant le taux de l'intérêt de l'argent à 6 %. Les frais de mutation à titre onéreux et les frais de l'acte devant notaire s'élevant environ à 250.000 francs, la sortie d'argent sera, au total, de 1.250.000 francs, dont l'intérêt représentera 75.000 francs. Au contraire, envisagée comme apport, la dépense deviendra 1.054.000 francs (droit sur les apports et taxe de transcription compris)

et représentera un loyer de 63.000 francs environ. Si les administrateurs se déterminent à faire l'achat de l'immeuble envisagé, cette considération sera d'un poids énorme dans leur décision.

Car les sociétés, même prospères et bénéficiaires, comprises dans des catégories inférieures à 10 millions de capital, font des bénéfices dont l'ordre de grandeur oscille normalement autour de 10 à 15 % net. Seules, les sociétés créées avant la guerre avec un capital qui nous paraît d'autant plus réduit qu'il représente des francs selon la définition de Germinal, et que peu de sociétés ont profité de la décision qui leur permettait la réévaluation de leur bilan, seules ces sociétés réalisent, en période de prospérité, des bénéfices supérieurs à ce taux. Si leurs actions sont cotées en Bourse, la hausse des cours tendra à rectifier la valeur nominale inexacte de ses titres. Par conséquent, ce taux de bénéfice de 10 à 15 % appliqué à un capital de quelques millions donnera un solde bénéficiaire du bilan annuel qui sera de l'ordre de grandeur de l'économie réalisable sur la transaction immobilière envisagée. Qui oserait soutenir qu'elle semblera négligeable aux dirigeants de la société ?

Pourtant, nous n'avons envisagé qu'une opération très en rapport avec les possibilités financières de cette société. Mais, même si le pourcentage d'économie est moins intéressant, il n'en sera pas pour cela moins apprécié tant que son ordre de grandeur n'apparaîtra pas dérisoire, en comparaison des résultats du compte de profits et pertes annuel. Il en résultera une sorte d'échelle ou, suivant le capital et les bénéfices normaux, une acquisition d'immeuble paraîtra mériter ou non le trouble résultant d'une modification aux caractéristiques de la société, son capital social en l'espèce.

C'est dans ces conditions que doit s'envisager la question; aucun chiffre ne peut être donné, puisque tout doit s'analyser en fonction de la société qui s'intéresse à cette affaire. Nous supposerons donc, dès à présent, que nous nous trouvons dans un cas où l'intérêt est appréciable.



La loi de finances du 30 décembre 1928 a opéré une césure dans la période que nous étudions :

Dans son article 24, elle stipulait, en effet, une règle nouvelle : « les cessions d'actions d'apport effectuées pendant la période de non négociabilité, sont considérées, *au point de vue fiscal*, comme ayant pour objet les biens en nature représentés par les titres cédés.

» Les dispositions qui précèdent sont applicables aux cessions de parts d'intérêt dans les sociétés dont le capital n'est pas divisé en actions, quand ces cessions interviennent dans les deux ans de la constitution définitive de la société. »

C'est une modification très sensible de la règle admise tant en Droit civil qu'en Droit fiscal : les actions et parts sociales sont, en effet, traitées comme droits mobiliers, sans qu'il y ait à distinguer ce qu'ils représentent et même s'il existe des immeubles dans le patrimoine de la société. C'est ce que dit expressément l'article 529 du Code civil qui, dans le titre « de la distinction des biens », classe ces droits dans les meubles. Cette disposition concorde bien avec l'attribution de la personnalité juridique aux sociétés et a servi d'argument dans la discussion doctrinale de cette théorie.

1. Loi du 30 décembre 1928 portant fixation du budget général de l'exercice 1929. *J. officiel* du 31 décembre 1928; Code d'enreg., art. 271, § 8.

Au point de vue de l'enregistrement, la Régie acceptait la conséquence logique que comportait cette disposition du Code civil.

Le principe admis par le Droit fiscal assimile toute cession de parts sociales à une cession de droits sociaux, que ces parts soient ou non représentées d'une façon matérielle par des titres négociables. L'enregistrement n'a donc pas, en principe, à analyser les biens faisant partie du patrimoine social pour établir les droits applicables à la cession, et il taxe en faisant distinction de la nature des biens qui sont représentés par les parts cédées.

D'où la nécessité d'établir une taxe spéciale qui sera appliquée un peu différemment suivant qu'il s'agira de titres matériels ou de simples droits incorporels reconnus aux associés par le pacte social.

Le droit de transmission est un droit d'enregistrement qui s'applique sous forme de droit de transfert aux titres nominatifs négociables lors de leur cession, ou sous forme d'une taxe de transmission forfaitaire et annuelle établie sur le cours du titre pendant l'année précédente pour les titres au porteur.

Il est liquidé sur la base du prix réel du transfert au taux de 0,30 % depuis la loi du 26 avril 1930, pour le droit de transfert. La taxe annuelle est de 0,30 % pour les titres au porteur depuis la loi du 28 février 1933, mais la loi du 23 juin 1857, qui a posé le principe de cet impôt, prévoit, dans l'article 6, qu'il s'agit de *titres négociables*, nominatifs ou au porteur. Quant aux titres non négociables et aux parts sociales non représentées matériellement, la jurisprudence, appuyée par des arrêts de la

Cour de cassation des 24 avril 1867 et 27 avril 1906¹, avait cru pouvoir interpréter la loi dans un sens très général : elle estimait que l'expression « actions » englobait à la fois les droits sociaux dans les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux, parts sociales et actions au sens étroit du mot.

Cette jurisprudence, manifestement contraire à l'esprit et à la lettre des textes, a subi un revirement qui s'est traduit par un arrêt de la Cour de cassation, en date du 2 mai 1922, qui décidait en particulier :

« Attendu qu'en représentation des apports en nature faits par la Société sucrière de Pointe-à-Pitre, il lui a été attribué 2.600 actions entièrement libérées qui devaient lui être remises au plus tôt deux ans après la constitution de la nouvelle société et rester jusque-là soumises aux prescriptions de la loi du 1^{er} août 1893...

« Attendu qu'il résulte des termes de cet article (art. 6 de la loi du 23 juin 1857) et de sa référence à la loi du 5 juin 1850, relative à l'impôt du timbre, que le mot « titre » ne peut, au sens de ce texte, désigner qu'un droit constaté par un titre matériel ; que l'impôt n'est donc pas exigible avant la création de ce titre¹. »

Les actions d'apport n'étant négociables, d'après l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867, que deux ans après la constitution définitive ou l'augmentation de capital de

1. D., 1867.1.320 et D., 1907.1.441. En sens inverse cependant, Cass. civ., 6 avril 1897 (D., 1897.1.372) et Cass. chambres réunies, 16 mars 1904 (D., 1904.1.321 et la note de M. Thaller).

2. Cass. civ., 2 mai 1922 (D., 1922.1.121) note : « Le texte de la loi du 23 juin 1857 sur le droit de transmission, extension de la loi du 5 juin 1850 sur le timbre ne permettait pas de donner au mot « titre » une autre signification que celle d'un droit constaté par un titre matériel ; La Cour de cassation devait nécessairement en conclure que l'impôt n'est pas exigible avant la création de ce titre et dans l'espèce la création du titre ne pouvait pas précéder l'examen de l'option réservée à l'actionnaire P. M. »

la société, les cessions d'actions n'étaient pas assujetties à ces droits. Les cessions consenties pendant la période de non négociabilité étaient seulement taxables d'un droit de mutation spécial de 0,75 %, décimes compris, au moment de la présentation de l'acte à l'enregistrement, droit qui avait été établi par l'article 69 de la loi du 22 frimaire, an VII.

Mais ce tarif modéré fut l'occasion de fraudes nombreuses : les parties désiraient profiter de la différence entre ce taux de cession des parts sociales et celui des cessions de biens mobiliers ou immobiliers. L'économie réalisable les incitait à dissimuler, sous le couvert d'une société *ad hoc*, le véritable caractère de leurs transactions. En particulier, cette pratique fut fréquente pour les ventes d'immeubles spécialement pendant la période qui suivit les lois des 4 avril et 3 août 1926 (lois qui portèrent à 15 % le droit de mutation sur les immeubles et établirent la taxe complémentaire à la première mutation de 7 %).

Pour échapper à la perception de ces droits, il se créait des sociétés régulières en leur forme et formalités de constitution, mais parfaitement fictives quant au fond, qui n'avaient pour raison d'être que de recevoir en apport le bien à céder.

Pour les cessions de fonds de commerce, c'était extrêmement simple de mettre une affaire en société, selon l'expression courante, parce qu'on envisageait la cession et qu'il était plus économique de céder ensuite les titres représentant la quasi-totalité du fonds social, c'est-à-dire, en fait, le fonds lui-même. Sous le couvert de la société, s'effectuait pratiquement et dans des conditions moins coûteuses, une véritable vente de fonds de commerce,

S'il s'agissait d'une vente d'immeuble, la société nouvellement créée recevait dans son patrimoine, comme apport en nature, l'immeuble considéré. Cette société n'était pas prévue pour fonctionner, mais simplement pour permettre cet apport et assurer le transfert de propriété du bien apporté. Car l'apporteur recevait ainsi en rémunération un certain nombre d'actions d'apport, non négociables, mais cessibles par les voies du Droit civil. Dès régularisation des formalités de constitution, il s'empressait de céder ses actions à celui qui désirait acheter l'immeuble. Celui-ci ne devenait nullement propriétaire en titre et l'immeuble restait dans le fonds social. Mais, comme il se trouvait posséder la grosse majorité (sinon la presque totalité) des actions de la société, tout se passait, en fait, comme s'il était devenu vraiment propriétaire. Les frais, au total, représentaient une somme bien inférieure au montant des droits de mutation à titre onéreux applicables aux biens immobiliers.

C'était d'autant plus intéressant que, le cas échéant, plusieurs cessions successives pouvaient être effectuées de cette façon et n'acquittaient, chaque fois, que le droit de 0,75 %. Comme cette pratique était parfaitement régulière dans sa forme, il était impossible à l'Administration d'établir la simulation et de rétablir le véritable caractère des contrats.

Le préjudice subi par la Régie est bien évident, car on se trouve en face d'une trop habile application de la loi selon l'expression d'un ministre. Empêcher cette combinaison était impossible, puisqu'en apparence aucun irrégularité n'était commise, mais il était loisible au législateur de lui retirer tout intérêt en assujettissant ces trans-

actions à des droits aussi élevés que les ventes qui auraient eu pour objet les biens en nature eux-mêmes.

C'est dans ces conditions, et sur la demande de l'Administration de l'Enregistrement qu'est intervenu le vote de la loi du 30 décembre 1928 qui a radicalement arrêté le trafic ci-dessus, en créant certaines présomptions. En fait, il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une présomption de mutation mais plutôt, semblerait-il, d'une assimilation au point de vue tarifaire. D'ailleurs, quelle qu'en soit l'appellation, la portée de la règle nouvelle est la même.

Par l'article 24 de la loi du 30 décembre 1928, la cession d'actions d'apport consentie pendant la période de non négociabilité est traitée, au point de vue fiscal, comme la cession des biens en nature en représentation desquels ont été attribuées les actions d'apport. Par suite de cette disposition, les droits perçus sont non pas les droits de transmission ordinaires, mais les droits de mutation à titre onéreux. De plus, le même article de loi précise qu'à défaut d'évaluation distincte pour chaque élément d'apport, avec indication des numéros des actions, attribuées en rémunération de chacun d'eux, les droits seront perçus sur la cession intégrale au tarif le plus élevé : c'est-à-dire que si, par exemple, des apports contiennent une partie en immeubles, ils seront perçus comme si toute l'opération avait porté uniquement sur des immeubles¹.

D'ailleurs, la loi apporte un tempérament qui est très

1. Loi du 30 décembre 1928, article 24, § 2. Cod. d'enreg., article 271. L'évaluation détaillée des immeubles et des meubles ainsi que l'attribution des actions créées pour rémunérer ces apports doit figurer dans l'acte de cession des titres si ces titres ont été créés avant la mise en vigueur de cette loi. Pour les opérations qui sont postérieures, cette évaluation doit figurer

logique : si, à l'expiration du contrat de société, ou au moment de la liquidation et répartition de l'actif social entre les associés, le cessionnaire des titres qui ont été taxés en exécution de la présomption légale de la loi du 30 décembre 1928, d'après la nature des biens qu'ils représentaient, si ce cessionnaire se voit attribuer ces biens à titre pur et simple en contre-partie de ses droits, aucun droit de mutation ne sera dû par lui, puisqu'il a déjà payé au moment de la cession du titre.

Dans le paragraphe 4 et dernier de l'article 24 de la loi du 30 décembre 1928, il est dit, en effet : « Dans tous les cas où une cession d'actions ou de parts aura donné lieu à la perception du droit de mutation en vertu du présent article, l'attribution pure et simple à la dissolution de la société des biens représentés par les titres cédés ne donnera ouverture au droit de mutation que si elle est faite à un autre que le cessionnaire ¹. »

L'existence de cette présomption légale, présomption *juris et de jure*, a coupé court au trafic qui s'était instauré. La cession d'actions d'apport en particulier, pendant la période de non négociabilité, ne présente plus que des inconvénients, puisqu'elle comporte un mode de cession peu pratique et, de plus, des droits très élevés. En l'employant actuellement, on aboutirait simplement à payer, en sus des droits de mutation normaux,

dans l'acte même d'apport en société (Décision du 8 juillet 1929, 1.4040, *Rev. d'enreg.*, 9145, X).

Cette prétention de l'administration est abusive principalement dans le cas où l'apport consiste uniquement en divers droits mobiliers. D'autres moyens auraient pu être appliqués, qui bien qu'aussi efficaces, auraient été moins illogiques (*Rev. d'enreg.*, n° 8900).

1. Code d'enreg., article 271.

les droits particuliers à la création des actions d'apport¹.

*
**

Cette loi a coupé court également, et pour la même raison, à un autre genre d'activité possible : l'acte de commerce appelé achat pour revendre n'est pas susceptible, en effet, de s'accommoder des règles et présomptions fiscales actuellement en vigueur.

Un immeuble apporté par l'actionnaire A..., soit à la constitution, soit au cours de la société, et rémunéré purement et simplement par une part de droits sociaux ne peut être cédé par la société au moment de sa dissolution ou de sa liquidation à un autre associé que A..., sinon, nous l'avons vu, la Régie percevrait des droits d'enregistrement au taux des mutations d'immeubles à titre onéreux. C'est la conséquence des théories fiscales en matière d'apport en société.

Mais cette fiction, aux termes de laquelle la société n'est pas propriétaire de l'immeuble aux yeux de la Régie, n'empêche pas que, si celle-ci vend à un particulier, à un tiers, cet immeuble, comme le Droit civil lui en reconnaît le droit, la Régie ne prélève le droit de mutation, et cela non pas tel qu'il existait au moment de l'apport en société, mais tel qu'il est fixé au jour de la vente par la société. Il est même impossible, dans cette hypothèse, de bénéficier des adoucissements fiscaux que la loi prévoit en cas d'un achat d'immeubles destinés à

1. Cette présomption légale ne doit pas s'étendre par voie d'analogie. En particulier les parts de fondateurs n'y sont pas soumises et d'autre part seule la vente comporte l'application de l'article 24 (*Rev. d'enreg.*, n° 8900, p. 137).

être revendus, lorsque cette destination est insérée dans le premier acte d'achat.

Cette opération ne pouvait donc se traiter que pendant les deux années de cette sorte d'immunité où les actions d'apports n'étaient pas négociables.

*
**

Cette période de deux ans forme actuellement une zone interdite parce que toute cession est devenue trop onéreuse. Mais rien n'est prévu, hors les règles normales, pour les actions d'apport après qu'elles ont été détachées de la souche. Et, si ce délai de deux ans retarde l'aboutissement définitif de certaines opérations, il n'en rend pas impossible la réalisation.

Le processus peut se décomposer en trois phases différentes. La première constituera une phase préliminaire d'accord des consentements. La deuxième, la phase de l'apport en société selon le régime fixé par la loi du 24 juillet 1867. La troisième étant celle de la vente des actions d'apports par l'actionnaire à qui elles avaient été attribuées en rémunération du bien apporté.

Phase préliminaire. — Tout contrat exige l'accord préalable des parties sur l'objet et les clauses qui en font l'objet. Il est nécessaire que leur commun consentement vienne donner à l'opération la force d'une convention.

Or, dans ce cas, les éléments du contrat sont plus complexes que dans une simple vente d'immeuble; il y a plutôt échange d'un bien immobilier contre des droits mobiliers, et ceci s'aggrave encore de certaines conditions de temps, de certaines restrictions.

Du côté de la société, peu de difficultés, puisque l'opération juridique se présente avec les mêmes caractéristiques qu'un achat pur et simple. La valeur de l'immeuble une fois établie, comme dans l'hypothèse d'un achat, la question est tranchée, car elle sait ainsi de combien et de quoi va s'accroître son actif.

S'il s'était agi d'une vente, comme la contre-valeur de l'immeuble aurait été une somme d'argent, le propriétaire n'aurait eu aucun doute sur l'actif de remplacement qui venait compenser, dans son patrimoine, la disparition de l'immeuble. Il n'en est pas ainsi, et cette situation va l'obliger à examiner plusieurs questions avant de donner son acquiescement au contrat :

A. Situation économique de la société. — Un souci bien compréhensible oblige à l'examiner soigneusement. Un immeuble est une valeur sûre, de type de ce qu'on appelle communément « placement de père de famille » et peu de valeurs mobilières peuvent prétendre à cette appellation. En particulier, les entreprises commerciales de l'envergure de celles que nous avons envisagées, n'offrent pas de garanties extérieures, c'est-à-dire des garanties accordées par des personnalités juridiques distinctes. Leur actif est le seul répondant. Si l'opération se fait, c'est que, sans doute, la société est prospère.

Elle est prospère, et elle réalise d'intéressants bénéfices en exploitant son objet social. Elle a, d'autre part, un champ d'activité étendu, relativement à ses moyens d'action, et ses perspectives d'avenir sont attrayantes. Bref, le propriétaire qui recevra, en échange de son immeuble, des actions de cette société, et non pas une

somme liquide et inconditionnelle, pourra cependant accepter, sous cette forme, le paiement du prix qui lui est dû.

S'il existe, à ce sujet, la moindre inquiétude dans son esprit, la plus élémentaire prudence lui interdira de conclure cette affaire et les choses en resteront là, car il n'acceptera pas d'échanger son bien contre du papier sans valeur.

En résumé, nous nous trouverons toujours et par définition en face d'une société qui, au moment de la convention, offre toutes les garanties désirables de solidité, d'activité et de richesse.

B. Valeur intrinsèque attribuée à l'action. — La caractéristique précédente influencera sur la valeur qui va être attribuée à l'action¹. La propriété de cette société n'est que le résultat des bénéfices réalisés pendant les années antérieures. Ces bénéfices, normalement, ont créé des réserves, évidentes ou occultes, qui ont accru la valeur du capital primitif. La part de chaque action n'est plus seulement égale à sa valeur nominale, mais elle comprend aussi un quantième sur les bénéfices réalisés et non distribués. Un actionnaire nouveau qui, moyennant un versement égal à la valeur nominale, recevrait une action nouvellement créée jouirait d'un privilège dont les premiers souscripteurs n'ont pas profité.

1. Du point de vue fiscal, la jurisprudence a estimé que la souscription ou l'attribution d'actions pour une valeur supérieure au nominal doit être considérée comme ayant le caractère d'un bénéfice pour le surplus de la valeur, mais il s'agissait alors de versements en numéraire (Cass. civ., 20 juin 1917, *J. soc.*, 1918, 306). — Cass. civ., 21 janvier 1920 (*J. soc.*, 1920, p. 211). Sur les conséquences de cette interprétation, voir *J. soc.*, 1921, p. 241 et 1922, p. 145.

En un mot, c'est le problème de la prime d'émission qui se pose ¹.

La base d'évaluation des actions attribuées sera-t-elle calculée sur le montant nominal des actions ou bien, au contraire, dans la valeur de l'action, fera-t-on entrer une certaine prime d'émission ?

Cette question n'est pas indifférente : bien qu'en principe le futur apporteur ne soit pas destiné à demeurer actionnaire de la société bénéficiaire, il lui est loisible cependant, de changer d'avis. La Société elle-même aura donc intérêt à évaluer très exactement la valeur du titre puisque cela pourrait constituer, dans un cas de sous-évaluation, une majoration du prix moyennant lequel l'immeuble va être acquis par elle.

Si la société procédait à une augmentation de capital par souscription d'actions en numéraire, elle pourrait émettre ces actions au-dessus du pair, très normalement, la prime représentant la contre-partie des réserves, droits acquis, diminution du risque initial et autres avantages qui accroissent la valeur de la part sociale. Ces titres auraient été ou non souscrits, mais la discussion n'était pas possible. Au contraire, dans le cas présent, la discussion est ouverte : de même que la fixation du prix de l'immeuble devra faire l'objet d'un accord préliminaire, de même la valeur de l'action pourra être

1. D'après Thaller et Pie (n° 1414) la prime serait un droit d'entrée versé par les nouveaux actionnaires pour se mettre sur un pied d'égalité avec les anciens.

Houpin et Bosvieux (n° 633 et 889) la considèrent comme un apport supplémentaire qui n'est ni un capital ni un bénéfice et dont il appartient à l'assemblée générale de déterminer l'emploi et l'affectation. Ils admettent qu'elle constitue soit une contrepartie du risque couru par les premiers actionnaires en entrant dans une Société naissante, soit un droit de participation aux réserves déjà constituées par la société en retenant sur les bénéfices précédemment distribuables.

débuttée entre les parties. Car ces questions, en somme, sont liées l'une à l'autre.

L'apporteur n'a aucun intérêt à voir priser les actions plus haut que leur valeur nominale. Cela diminue son gage éventuel, en diminuant le nombre des titres qu'il reçoit. Il aura, de plus, le soupçon que la prime qu'on lui impose n'est pas justifiée. Cependant, dans deux cas, il existera une forte présomption que cette base d'évaluation correspond à la valeur réelle du titre :

1° Lorsque, peu de temps auparavant, cette société aura procédé à une augmentation de capital par une émission d'actions de numéraire, et que la situation générale, aussi bien que la situation particulière de la société n'auront pas subi, entre temps, de modifications sensibles, l'action sera équitablement évaluée en prenant le montant nominal majoré de la prime d'émission précédemment établie.

L'apporteur ne pourra pas supposer, en effet, que cette prime d'émission n'entre en jeu que pour les besoins de la cause. La souscription des actions offertes laisse supposer que le public accepte le prix d'émission imposé et reconnaît le caractère justifié de la prime. Les dirigeants de la société sont, par conséquent, en droit de s'en prévaloir.

2° Dans un deuxième cas, la valeur du titre est établie par les transactions qui ont pu s'établir dans la période ayant précédé l'opération. Sans tenir compte des transmissions présentant un caractère trop particulier, on trouve là, souvent, mieux qu'une présomption. Un véritable cours a pu s'établir. Et, si de nombreuses cessions, échelonnées sur plusieurs mois, montrent une certaine stabilité de cours, il y aura là un argument im-

portant pour la fixation à ce cours de la valeur de l'action. Cette hypothèse ne suppose pas forcément qu'il s'agisse des cours pratiqués à la Bourse des valeurs (rien ne dit qu'il est question de sociétés ayant demandé et obtenu la cotation en Bourse). D'autant plus que les cours cotés en Bourse sont sujets à des variations fréquentes et ne présentent aucune garantie de stabilité. Le futur actionnaire n'accepterait pas ces cours sans qu'on les diminue d'une marge de sécurité susceptible de le mettre à l'abri des fluctuations possibles.

C'est ainsi que les choses se sont passées à la Société des A. S., dont les actions sont cotées en Bourse. Le capital social, qui était, en 1926, de 7.250.000 francs, divisé en actions de 250 francs, fut porté, en novembre de la même année, à 9.500.000 francs par une augmentation de capital de 2.250.000 francs représentant des actions d'apports. Le cours des actions en Bourse oscillait entre 620 et 650 francs environ dans le mois qui précède la régularisation des formalités légales. Ces cours avaient, d'ailleurs, été atteints à la suite d'une hausse assez forte et assez rapide. D'autre part, l'émission de 2.250.000 francs, soit plus d'un tiers du capital existant, faisait prévoir une baisse puisque, la valeur nominale restant la même, la part de chaque action dans les réserves et le surplus de l'actif social se trouvait diminuer.

Un calcul de capitalisation des actions au cours coté en Bourse (soit 620) donnait comme cours théorique des nouvelles actions, environ 500 francs. L'apporteur éventuel demanda et obtint que les actions lui fussent attribuées avec une prime d'émission de 200 francs seulement soit au cours de 450 francs par titre. Cette différence devait représenter, à ses yeux, une marge de

garantie qui, peu d'années plus tard, aurait été cependant bien incapable de le couvrir de la baisse de ces mêmes titres.

En règle générale, on peut donc dire que le prix de l'immeuble et la valeur attribuée aux actions seront liées dans une même discussion qui aboutira à l'accord définitif. Ces deux cas, que nous venons de citer, ne créent aucune règle impérative, aucune obligation stricte à l'égard des parties. Elles demeurent toujours libres d'accepter, dans leurs conventions, des cours arbitrairement choisis, pourvu qu'elles se conforment aux prescriptions légales sur ce sujet.

Cas d'une société en voie de formation. — Si l'apport a lieu au moment de la constitution de la société, l'attribution des actions d'apports se fera à la valeur nominale, la prime d'émission n'ayant pas de raison d'être¹. Mais l'examen de la situation et des possibilités de la société passera au premier plan. Il justifiera quelquefois les garanties et cautions qui seront demandées dans ce cas-là.

C. INDISPONIBILITÉ DU CAPITAL PENDANT LA PÉRIODE DE NON NÉGOCIABILITÉ DES ACTIONS D'APPORTS. — Cette question offre un intérêt pratique de premier plan pour le propriétaire de l'immeuble qui, normalement, ne pourra pas disposer, pendant deux ans, des fonds que représente son paquet d'actions. Les présomptions de muta-

1. L'émission au-dessus du pair, avec une prime payable en sus de la valeur nominale de l'action est licite même si cette prime doit être versée pour les actions émises lors de la constitution de la société (Houpin et Bosvieux, n° 633, Thaller et Pic n° 889 et 1413). Mais dans ce cas il est bien certain qu'on ne peut plus le justifier par les raisons qui ont été envisagées précédemment.

tion et les droits qui en résultent depuis 1928, rendent impossible la réalisation hâtive de ses titres. Cette immobilisation d'argent, inévitable en principe, peut influencer sur le consentement du propriétaire. Nous nous bornons ici à signaler la question que nous retrouverons au chapitre suivant.

*
**

Première phase. — La phase préliminaire est très analogue à la prise de contact et aux discussions qui précèdent tout contrat. Mais son résultat, c'est-à-dire, dans le cas favorable, son aboutissement à un accord, n'est ici qu'une mesure intermédiaire.

La loi exige, en effet, des actionnaires d'une société, une ratification spéciale des clauses concernant les apports en nature et avantages particuliers : leur souscription n'implique donc pas de leur part une adhésion définitive à ces articles des statuts.

Le contrat arrêté entre les fondateurs ou les dirigeants et le futur apporteur, après avoir réuni le consentement des parties, a été inséré dans les statuts, au chapitre des apports en nature, et ceci soit qu'on se place au moment de la création de la société, soit qu'il s'agisse d'une simple augmentation de capital (qui entraînera, de *plano*, modification de certains articles des statuts). Il sera dit, en particulier, qu'en échange des biens apportés, dont désignation, origines, charges, etc., sont stipulés au même chapitre, un nombre de... actions d'apport sont attribuées à M. X..., en rémunération. C'est donc, en somme, la rédaction du contrat qui a été discuté précédemment. Mais la loi du 24 juillet 1867 impose de soumettre ces

conditions à une assemblée qui aura charge de faire vérifier et apprécier la valeur des apports. Habituellement, elle nommera des commissaires vérificateurs qui auront toute latitude pour se former une opinion par tous les modes d'information ou d'expertise. Ces commissaires rédigeront un rapport qui sera imprimé, et tenu à la disposition des actionnaires au moins cinq jours avant la date fixée pour la deuxième assemblée qui a lieu sur nouvelle convocation. Ceci afin que chacun puisse réfléchir et mûrir sa décision.

La deuxième assemblée a charge de voter une résolution définitive, qu'elle reste libre de prendre dans tel sens qu'il lui plaît, quelles que soient les conclusions du rapport des commissaires et l'approbation est si nécessaire que, dans le cas où on ne réunirait pas la majorité fixée par la loi, l'affaire est remise en question dans son entier ; les conditions du contrat proposé aux actionnaires étant changée, la loi a réservé à chacun d'eux la faculté de retirer sa souscription et « la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties » (art. 4). Lorsqu'il s'agit d'une augmentation de capital et non de la création d'une société, ce sont simplement les opérations de cette augmentation qui seront annulées, même s'il y a eu pour partie souscription d'actions en numéraire.

Si, au contraire, un vote favorable est émis par l'assemblée dans les conditions voulues par la loi, la clause statutaire relative à l'apport devient irrévocable. L'accord des consentements préalablement établi, est suivi alors d'un plein effet, et l'on pourrait comparer cette procédure à la conclusion d'un traité qui, signé par les gouvernements de deux pays, ne sera exécuté qu'autant que le Parlement en aura ratifié la teneur. Faute d'être

approuvé dans son intégralité, il sera caduc et ne liera plus les parties contractantes même dans les dispositions ratifiées, s'il y en a.

Les clauses relatives aux apports ayant obtenu l'approbation de la deuxième assemblée chargée de la vérification, le contrat est parfait. La société est alors propriétaire de l'immeuble apporté. De son côté, l'actionnaire apporteur se verra attribuer le nombre d'actions convenu.

Ces actions peuvent avoir la forme nominative ou au porteur. Mais aux termes de la loi de 1893 (amendement Poirrier), qui est incorporée à l'article 3 de la loi de 1867, ces actions représentant des apports ne peuvent être détachées de la souche. Elles ne seront négociables que deux ans après la constitution définitive ou l'accomplissement des formalités légales d'augmentation de capital, et elles devront, pendant toute cette période, être frappées d'un timbre indiquant leur nature et la date d'origine. Cette mesure interdit de négocier les actions d'apport mais non de les céder, conformément aux règles du Droit civil : le cessionnaire rendra ses droits opposables à la société en lui faisant signifier la cession conformément à l'article 1690 du Code civil et jouira de tous droits attachés à la propriété des actions qu'il vient d'acquérir.

Cependant, la portée de cette dernière disposition est très faible dans le cas envisagé, puisque nous savons que celui qui désirerait s'en prévaloir aurait à payer les droits de mutation sur les ventes d'immeubles ainsi qu'éventuellement la taxe complémentaire à la première mutation. En pratique, il ne sera donc jamais fait usage de cette faculté depuis la mise en vigueur de la loi du

30 décembre 1928, et ces actions d'apport resteront donc bien immobilisées pendant toute la période de non négociabilité. Il y a un renversement de la situation antérieure que nous examinions dans les pages précédentes puisque cette période de deux ans, qui était la plus favorable aux opérations de titres, se trouve être actuellement une période neutralisée, où toute acquisition, par son assujettissement à des droits d'enregistrement trop lourds, devient en fait prohibée.

*
**

Deuxième phase. — Deux ans plus tard, l'apporteur peut réclamer la livraison de ses titres, qui sont alors détachés de la souche. Ces titres, nous le savons, peuvent être sous la forme nominative ou au porteur. Ils sont maintenant négociables et leur vente n'est plus grevée d'autres taxes que celles frappant les titres.

Si ces actions sont nominatives, elles seront cédées selon les formalités de transfert et en supportant une taxe de transmission de 0,30 % d'après la loi du 26 avril 1930, article 5, comme nous l'avons vu précédemment.

Les actions nominatives sont d'une circulation plus lente et moins simple que les actions au porteur et on pourrait croire que c'est cette deuxième forme qui est unanimement adoptée dans ce cas. Pourtant, en dehors de la faculté que la loi accorde à tout actionnaire de toute société de placer ses titres sous la forme nominative (loi du 23 juin 1857), une société est libre de donner cette forme à ses titres : en particulier, il est stipulé, dans les statuts de la Banque de France, que la forme nominative sera toujours obligatoire. Il ne faut pas

croire que ce soit là un cas exceptionnel. La grande majorité des sociétés laisse le choix à leurs actionnaires, mais dans certains cas, la forme nominative est imposée : ce sont, en général, des sociétés dont les titres sont entre les mains d'un petit groupe qui désire garder le contrôle de l'affaire et surveiller les cessions d'actions pour pouvoir écarter de la société des étrangers en groupe. Aussi, comme corollaire, les statuts prévoient-ils un droit d'option au profit de la société ou du conseil d'Administration et l'obligation, pour l'actionnaire, d'une mesure de préavis permettant au bénéficiaire d'exercer ce droit d'option.

Ces clauses, liées souvent à l'existence d'action à vote plural, ont été très en honneur dans d'importantes sociétés anonymes dans une période où l'on craignait que des capitalistes étrangers n'acquièrent, par des achats massifs, le contrôle de ces grandes affaires françaises.

Quoi qu'il en soit, la grosse majorité des titres dans les sociétés sont créés sous la forme au porteur.

Or, ces titres acquittent une taxe forfaitaire annuelle qui tient lieu de droit de transmission.

Le taux de cette taxe, qui avait atteint 0,50 %, a été ramené récemment à 0,25 % par l'article 5 de la loi du 26 avril 1930 et porté à 0,30 % par l'article 48 de la loi du 28 février 1933 ; la Régie est en droit de le réclamer par le seul fait que le titre existe juridiquement, c'est-à-dire dès que la société est constituée ou dès que l'augmentation de capital est régulièrement réalisée, sous la réserve du délai de grâce accordé par l'Administration pour la création matérielle des titres et qui se prolonge jusqu'à la fin du trimestre qui suit la constitution définitive de la société.

Cette taxe est due sur les titres existants pour chaque

trimestre et la valeur imposable est déterminée, en principe, par le cours moyen ou la valeur moyenne pendant l'année précédente et, à défaut, par une déclaration estimative souscrite selon les règles fixées par l'enregistrement.

Suivant la forme adoptée pour l'action par la société et l'apporteur, le droit sur la transmission sera donc de 0,30 % au moment de la cession, s'il s'agit de valeurs nominatives, ou de 0,30 % par an forfaitairement si ces valeurs sont au porteur. Dans tous les cas il n'est plus question de la nature des biens qui sont représentés par ces titres.

Par conséquent, rien n'empêche, maintenant, l'actionnaire apporteur de réaliser les titres qui représentent la contre-valeur de l'immeuble cédé. C'est en quoi vont consister les opérations de la deuxième phase.

**
**

Les conditions de cette réalisation auront déjà été antérieurement l'objet de certaines tractations. Car la vente d'un épais paquet de titres d'une société d'importance moyenne, n'est pas une question simple. Si les titres font l'objet d'un marché en Bourse, l'offre massive provoquerait inéluctablement une baisse accentuée des cours ou même un effondrement préjudiciable à la fois à la société et à l'actionnaire. Il n'est pas certain, d'ailleurs, que cet ordre de vente trop important trouve sa contre-partie dans des demandes correspondantes et, dans ce cas, l'actionnaire aura maladroitement amené une chute des cours sans pouvoir réaliser l'opération désirée.

Si ces titres ne sont pas cotés, le placement en est encore plus difficile si, du jour au lendemain, on veut trouver un acheteur. D'ailleurs, l'actionnaire sera mal placé, en général, pour écouler lui-même ses titres, d'autant qu'il n'a appartenu à la société qu'à titre tout à fait temporaire, transitoire pourrait-on dire. Il aura donc pris par avance des mesures susceptibles de lui assurer la vente de ses titres, dans une atmosphère de sécurité et de facilité.

C'est pourquoi ces mesures auront été discutées dès la phase préliminaire au moment de l'échange de vues qui a précédé la conclusion de l'accord. A ce moment, celui qui était propriétaire d'un immeuble, en prévision du moment où il aura à réaliser la vente des actions qui lui seront attribuées se sera préoccupé, par avance, des acheteurs éventuels et il aura demandé aux dirigeants de la société l'engagement de lui garantir des cessionnaires pour le moment où ses actions d'apport deviendront exigibles.

*
**

Qui peut-on, dès maintenant, envisager comme cessionnaire éventuel ?

A. LES TIERS NON ACTIONNAIRES DE LA SOCIÉTÉ. — En dehors de cas très particuliers, où il se trouverait justement qu'un étranger à la société désirerait y prendre de gros intérêts, c'est une catégorie qui n'est pas susceptible d'absorber un nombre élevé de titres. Rien ne prouve, en tous cas, que deux ans plus tard (puisque cet examen a lieu pendant la phase préliminaire), il se

trouvera à point nommé des personnes disposées à acquérir ces actions.

Ces étrangers n'ont pas de raisons pour connaître la société en question, pour savoir qu'elle est solide et prospère et, par conséquent, pour s'engager à y prendre de gros intérêts. Le cas n'est pas impossible, certes, mais normalement il est très aléatoire. Or, nous l'avons dit, le futur actionnaire cherche à obtenir une garantie et une certitude. Il ne se contentera pas d'une vague promesse disant qu'on essaiera de lui faciliter la vente de ses actions à des étrangers susceptibles d'entrer dans la société.



B. LES ACTIONNAIRES DE LA SOCIÉTÉ. — Aura-t-il plus de chance de se débarrasser de ses titres au profit des actionnaires ? Ceux-ci tout au moins, connaissent l'affaire et s'y sont déjà intéressés. Ils sont au courant de la gestion, des résultats obtenus. Ils ont reçu des dividendes, ils connaissent les bénéfices et les réserves, les perspectives d'avenir, puisqu'ils ont assisté aux assemblées générales et entendu les rapports du Conseil d'administration et des commissaires aux comptes. Ils ont donc déjà confiance dans l'entreprise.

Mais, cependant, rien ne prouve qu'au moment précis où se termineront les deux années de non négociabilité des actions d'apport, ces actionnaires seront disposés à augmenter leur portefeuille de titres par l'achat d'un nombre élevé d'actions de leur société. La théorie même de la division des risques pourrait les en dissuader.

Trop de facteurs peuvent influencer sur une telle opéra-

tion pour qu'elle ne comporte pas beaucoup d'aléas. La période de dépression économique et boursière que nous traversons encore actuellement, est un exemple saisissant d'une situation complètement renversée et sans transition. Lorsque l'acheteur devient récalcitrant, les cours baissent d'autant plus rapidement que les offres ne sont pas couvertes. En deux ans, bien des situations peuvent changer sans qu'il soit possible de le prévoir.

Enfin, ce propriétaire, sachant qu'il n'est actionnaire qu'à titre temporaire, n'aura pas des relations étroites avec la société et *à fortiori*, avec les autres actionnaires. Il ne sera peut-être jamais en rapport avec eux et, certainement, ne les connaîtra jamais tous. Ce n'est donc pas parmi eux qu'il pourra être certain de trouver un ou des acquéreurs futurs.

C'est probablement pourtant cette catégorie qui finira par absorber les actions nouvellement créées, mais pas directement, par un détour qui facilitera l'opération à l'actionnaire apporteur.

*
**

C. LA SOCIÉTÉ ELLE-MÊME. — Ce serait évidemment la solution simple et pratique par excellence. L'opération aboutirait alors exactement aux mêmes résultats qu'une vente d'immeuble pure et simple puisque la société propriétaire, en rachetant les actions, paierait le prix convenu, et que les effets de l'augmentation de capital seraient annulés¹.

1. P. Moulin, *Le Rachat par une société de ses propres titres*, thèse, Paris, 1931, p. 22 : « Dans une société il existe souvent diverses sortes d'actions ne jouissant pas des mêmes avantages. On conçoit qu'il puisse être de l'intérêt des actionnaires désavantagés et de la société elle-même de se débarrasser d'une certaine catégorie des titres. Ce but peut être réalisé dans certaines conditions au moyen du rachat des actions de cette catégorie suivi de la destruction matérielle des titres de ces actions. »

Il est bien entendu qu'il n'est nullement question, pour l'instant, des conditions financières et de trésorerie qui pourront ou non rendre la chose possible. La société peut, en effet, avoir en caisse des fonds liquides ou disponibles très suffisants pour faire face à une opération de l'importance envisagée sans que l'argumentation change.

Du fait qu'il s'agit des propres actions de cette société deux questions se posent :

Ce rachat est-il toujours possible et permis par la loi ?

Ce rachat est-il avantageux, au point de vue pécuniaire ?

1° La fixité du capital social est un principe indispensable à la sécurité des tiers qui contractent avec la société et nulle somme ne pourra être distribuée qui diminuerait le gage des créanciers au profit des actionnaires. Mais inversement, les créanciers ne pourraient pas se plaindre dans l'hypothèse normale où ces sommes proviendraient des bénéfices réalisés ! La société aurait pu les distribuer entièrement sous forme de dividendes ; elle est libre d'en réserver une partie pour l'amortissement et si, par la suite, elle était déclarée en faillite, les créanciers ne pourraient agir en répétition des sommes reçues par les actionnaires antérieurement remboursés.

Cependant, pour que cette opération soit licite et valable, il faut encore qu'elle n'excède pas les pouvoirs statutaires des administrateurs, agissant au nom et pour le compte de la société anonyme. D'après une opinion très forte, ce rachat ne pourrait même être valablement décidé que par une assemblée générale des actionnaires, préalablement consultés ou, parfois même, par une assemblée extraordinaire si l'opération n'était pas pré-

vue aux statuts ou nécessitait une modification de ceux-ci¹.

Au contraire, si la société paie les actions qu'elle achète avec des fonds prélevés sur son capital, ou même sur sa réserve légale², alors l'opération est irrégulière, à moins, toutefois, qu'elle n'ait fait l'objet d'une décision votée par une assemblée générale extraordinaire modifiant les statuts et réduisant le capital social. Cette réduction, d'ailleurs, ne serait pas opposable aux créanciers sociaux dont les droits seraient nés avant le vote de l'assemblée des actionnaires. Ces principes sont admis par la presque unanimité de la doctrine³ qui y voit une restitution frauduleuse du capital social, même si les statuts avaient prévu une opération semblable⁴.

La vente serait frappée d'une nullité d'ordre public qui pourrait être invoquée tant par la société que par les tiers⁵ et sans qu'il y ait lieu de discerner entre les

1. Houpin et Bosvieux, n° 487-924 et suivants; Lyon-Caen et Renault, n° 880; Lacour et Bouteron, n° 624.

2. La réserve légale étant une garantie supplémentaire offerte aux créanciers et dont les règles sont fixées par la loi avec une certaine analogie avec celles posées pour le capital lui-même, il est logique d'accepter cette opinion. En ce sens Houpin et Bosvieux, n° 929. Amiaud, *Des comptes de réserves dans les sociétés par actions*, Sirey, Paris, 1920, p. 384.

3. Houpin et Bosvieux n° 933 : « La réduction du capital social même lorsqu'elle a lieu valablement au regard des actionnaires n'est pas opposable aux créanciers sociaux antérieurs à cette réduction ou plutôt à la publication de la délibération de l'assemblée générale qui la décide. Ces créanciers seraient fondés à exercer leurs droits sur le capital originaire qui forme la garantie des engagements pris par eux par la société et par suite à réclamer aux détenteurs des actions le versement complémentaire restant à effectuer pour la libération effective de ces titres ou la restitution des sommes qui leur auraient été remboursées. »

4. Thaller et Pic, n° 1157 : « Aucune clause des statuts ne saurait faire disparaître l'illégalité d'une telle opération. »

5. L'action des créanciers s'exercera principalement en cas de faillite de la société. Aussi ceux-ci seront-ils représentés par le syndic définitif qui agira en leurs lieu et place pour obtenir la nullité du rachat. C'est ce que décide la Cour de cassation, 18 juin 1902, S. 1903.1.386, et la note Wahl sous l'arrêt. Si la société est en liquidation, c'est le liquidateur qui aura qualité pour introduire la demande (Trib. comm., Seine, 27 nov. 1889, *J. Soc.*, 1890, p. 542).

vendeurs de bonne ou de mauvaise foi (dans ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1887¹). En effet, bien que le vendeur de bonne foi soit lésé sans avoir commis de faute², il est impossible d'en décider autrement si l'on respecte le principe de la fixité du capital social. Par ailleurs, les rachats d'actions par une société ne sont pas choses si fréquentes et si normales qu'il soit nécessaire de ne pas gêner la conclusion d'accords semblables. Présumer la bonne foi chez l'actionnaire aboutirait, dans la plupart des cas, à léser les créanciers qui, dans la circonstance, sont plus intéressants que les actionnaires. La majorité de la doctrine s'accorde d'ailleurs sur ce point avec la jurisprudence³.

Par ailleurs, le rachat d'actions ne doit pas être fait de façon qu'il ait pour conséquence de rompre l'égalité entre actionnaires et de favoriser certains au détriment d'autres. Le principe de la fixité du capital intéresse également les actionnaires, et la loi prévoit que le montant du capital social peut être une considération prépondérante dans la souscription d'actions (art. 1 à 24 de la loi du 24 juillet 1867). Cette règle n'est pas contestée en doctrine⁴.

La question a fait également l'objet de très nombreux arrêts et jugements, étant donné qu'aucun texte n'avait établi, en droit, la validité du rachat⁵. De l'ensemble

1. Cass., 27 juin 1887, D. 1887.I.489.

2. Certains arrêts avaient tenu compte de cette bonne foi, Paris, 4 fév. 1881, S. 1882.II.121, et note Lyon-Caen, Paris, 4 janv. 1887, *J. Soc.*, 1887, p. 125.

3. Houpin et Bosvieux, n° 479; Thaller et Pic, n° 1160. Cass., 3 janv. 1887, D. 1887.I.406; Cass. 3 fév. 1923, S. 1913.I.292 et *J. Soc.*, 1913, p. 415.

4. Thaller et Percerou, n° 377; Thaller et Pic, n° 507 et 821; Houpin et Bosvieux, n° 1284 à 1347.

5. Cass., 3 août 1875 (D. 1876.I.116). Cass., 14 déc. 1869 (D. 1870.I.179), Paris, 20 février 1904 (*J. Soc.*, 1904, p. 213). Trib. comm. Seine, 25 juillet

des décisions, la même conclusion se dégage : le rachat ne peut pas être valablement effectué à moins de ne pas léser les intérêts et les droits des deux catégories de personnes à qui il importe que le capital, caractéristique essentielle de la société, ne soit pas modifié à leur détriment, c'est-à-dire les actionnaires d'une part, et les créanciers de la société d'autre part.

C'est, d'ailleurs, reconnu par la jurisprudence dans des arrêts de principe tels que celui rendu par la Cour d'appel de Paris du 20 février 1904, dont voici le passage essentiel :

« Considérant que s'il est licite à une société *in bonis* de consacrer une partie de ses ressources à réduire, par achat de ses titres libérés, le capital supérieur à ses besoins, alors que les statuts l'y autorisent, c'est à la condition : 1° Que l'opération ne portera pas atteinte au principe de l'égalité qui doit régner entre tous les actionnaires, et ne constituera pas un privilège au profit de quelques-uns et au détriment des autres ; 2° que la réduction ne portera pas atteinte au pacte social, qu'elle sera nécessitée par les circonstances et avantageuse pour la société¹. »

Et cette dernière condition fait allusion à un rachat d'action au-dessous du pair.

Même solution donnée par un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 23 décembre 1905 et de la Cour de cassation du 3 février 1913². Et la confirmation de ces règles se

1885 (*J. Soc.*, 1888.412). Trib. comm. Seine, 25 juin 1905 (*J. Soc.*, 1906.77). Cass., 28 oct. 1905 (*J. Soc.*, 1906.154).

Egalement note Wahl, *J. Soc.*, 1900, p. 348 et *J. Soc.*, 1914, p. 86.

1. *J. Soc.*, 1904.213. Dans le même sens, Seine, 26 déc. 1904 (*J. Soc.*, 1905.465, et la note Wahl, dans *S.* 1903.II.57).

Cependant en sens inverse, Toulouse, 14 juin 1887 (*J. Soc.*, 1888.107).

2. Douai, 23 fév. 1905 (*J. Soc.*, 1906.170). Cass., 3 fév. 1913 (*J. Soc.*, 1913.415).

trouve encore dans un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1928 qui dit nul le rachat, par une société anonyme, de ses propres actions ou, plus généralement, nulle toute convention intervenue entre la société et un actionnaire ayant pour résultat de restituer à celui-ci la mise par lui versée lorsque cela doit aboutir à réduire le capital social en fraude des droits des créanciers.

2° Ce rachat qui, en Droit civil, serait licite en utilisant les bénéfices et réserves du bien en procédant à une réduction du capital social avec toute la publicité et les restrictions que cet acte comporte, comment serait-il traité par le fisc ?

Mais, cette fois-ci, ce ne sera pas l'Administration de l'enregistrement, mais celle des Contributions directes, qui pourrait être en droit de percevoir un impôt de taux élevé.

En effet, sous le régime de la loi du 29 juin 1872, l'impôt cédulaire sur le revenu des valeurs mobilières n'était pas perçu lorsque la distribution des sommes ou valeurs figurant à l'actif social était effectuée à titre d'amortissement du capital.

Mais le législateur a estimé que ce régime permettait à de nombreuses sociétés d'éluder frauduleusement le paiement de l'impôt (le taux en était, en 1925, de 10 % plus 2 décimes, soit 12 % ; il fut porté à 18 % le 3 août 1926 et ramené à 16 %, taux actuel, par la loi du 26 avril 1930).

Il a voté, en conséquence, l'article 80 de la loi de finances du 13 juillet 1925 qui décide : « L'impôt sur le revenu des capitaux mobiliers est perçu sur le montant des remboursements ou amortissements totaux ou partiels que les sociétés non affranchies par les lois subséquen-

tes effectuent sur le montant de leurs actions avant leur dissolution ou mise en liquidation. »

(Cette réforme ne conduit cependant pas à faire payer deux fois l'impôt cédulaire, mais elle en avance seulement le versement. C'est ce que dit implicitement le même article *in fine*) :

« Lorsque les actions auront été remboursées par un des moyens ci-dessus à la liquidation de la société, la répartition de l'actif entre les porteurs d'actions de jouissance et jusqu'à concurrence du pair des actions originaires sera considérée comme un remboursement de capital non imposable à l'impôt sur le revenu. »

Cependant à une question écrite posée par M. le député Le Mire au ministre des Finances, celui-ci répondit (réponse insérée au *Journal officiel* du 19 novembre 1925), qu'en principe, l'impôt sur le revenu n'était pas dû sur les remboursements d'actions lorsque l'opération s'analysait comme une réduction du capital social opérée en modifiant les statuts. C'est-à-dire justement dans un cas où le droit civil permet le rachat d'actions, mais au prix de formalités fort longues, il est vrai.

C'est également le droit de cession et non l'impôt cédulaire sur les revenus des valeurs mobilières qui sera perçu lorsque la société rachète des actions délivrées à l'auteur de l'apport en représentation de sa mise avec le produit d'une émission d'obligations.

Cette hypothèse a été envisagée dans un cas où cette émission a servi à éteindre un passif grevant l'apport, passif que l'apporteur devait prendre à sa charge et qu'il n'avait pu éteindre personnellement.

L'absence de fraude a été admise dans le cas d'espèce suivant : l'associé qui avait fait un apport immobilier en

s'engageant à le délivrer franc et quitte de toute charge avait reçu en rémunération des actions d'apport entièrement libérées comme l'exige la loi et représentant la valeur totale de l'immeuble. S'étant trouvé dans l'impossibilité de dégrever cet immeuble des charges existant de son fait, il avait deux ans plus tard fait abandon à la société d'une part des actions reçues égale au montant des charges tandis que celle-ci émettait des obligations pour éteindre le passif hypothécaire grevant l'apport. Mais la solution qui avait reconnu comme exigible le seul droit de cession à l'exclusion du droit de mutation (apport à titre onéreux) est assez ancienne (1884) et il est très douteux que devant un cas actuel et analogue, la Régie n'interprète ces faits comme un apport à titre onéreux passible des droits de mutation et taxe de première mutation.

Et cela d'autant plus qu'une solution précédente avait reconnu l'exigibilité du droit de vente avec les motifs suivants : « La condition étant défaillie puisque l'auteur de l'apport ne l'a pas libérée comme il s'y était engagé, et la société s'étant trouvée obligée conformément aux articles 2083 et 2084 du Code civil de payer les dettes et charges hypothécaires, elle n'a reçu l'apport de la Société Française Agricole à titre de mise sociale pure et simple, que jusqu'à concurrence de la partie libre ; elle n'a reçu le surplus selon les expressions de l'arrêt du 24 mai 1875 que moyennant un équivalent en espèces ; par suite la perception du droit de mutation immobilière paraît justifiée sur le jugement d'expédition qui en définitive constate la renonciation par la Société Française Agricole au bénéfice éventuel des 90 actions dont elle n'avait reçu l'attribution que sous conditions » (30 juillet 1880).

En résumé, l'impôt de 16 % sur les revenus de valeurs mobilières n'est pas perçu lorsqu'il y a rachat d'actions accompagné d'une réduction de capital concomitante. Il n'est pas dû non plus si ce rachat élimine un associé mais sans diminuer le capital social à condition que les valeurs attribuées en contre-partie des actions ne soient pas des valeurs communes provenant de l'actif social, mais bien des ressources personnelles procurées soit par un apport complémentaire des autres associés, soit par l'émission d'obligations créées pour les besoins de l'opération (Seine, 16 mars 1896¹).

Mais la question se pose alors dans le cas où le rachat des actions est effectué au moyen de valeurs communes, de ressources existant déjà dans l'actif social, et susceptibles d'être utilisées sans que ce rachat entraîne obligatoirement une réduction du capital social. En un mot, dans le cas où le rachat est fait au moyen des bénéfices ou des réserves extralégales. Le gage des créanciers n'est pas atteint puisque les réserves ne sont que des bénéfices non distribués et le capital social subsiste intact, mais bien que l'opération soit un rachat et non un amortissement, l'Administration considéra-t-elle cette distribution de fonds comme un remboursement en principal ou bien comme une répartition de bénéfices ? C'est un cas d'espèce très particulier, dans lequel à notre connaissance, aucune jurisprudence ni aucune solution administrative n'a tranché la question.

Les conditions dans lesquelles se feront ces rachats devront montrer aux yeux du fisc les caractères évidents de toute absence de fraude. Car la Régie surveille de

1. *Rev. d'Enregistrement*, n° 3040.

très près toute distribution aux actionnaires, lorsqu'elle est alimentée par des valeurs sociales, bénéfiques ou réserves. Nombre d'opérations complexes opérant des variations peu communes dans la forme et le montant des actions de certaines sociétés n'ont eu d'autre but que de permettre des distributions d'argent aux actionnaires sans qu'il y ait à retenir l'impôt cédulaire sur les revenus de valeurs mobilières qui aurait dû les frapper normalement. Il s'en est suivi la loi du 13 juillet 1925 et une méfiance légitime du fisc à l'égard des fraudes possibles.

Aussi le rachat d'actions au moyen des bénéfices ou réserves ayant un caractère mixte qui participe à la fois d'une opération possible du droit de cession et d'une opération assujettie à l'impôt cédulaire de 16 % court le risque d'être assimilé à cette dernière catégorie. Ce n'est pas une certitude, mais une probabilité dont les chances seront d'autant plus grandes que l'acte sera moins clair (étant donné surtout le montant élevé du principal et par suite de l'impôt). La solution n'est pas pratique; elle doit être écartée¹.

**
*

D) LE CONSEIL D'ADMINISTRATION OU ADMINISTRATEURS DE LA SOCIÉTÉ OU BIEN LES FONDATEURS. — C'est en effet

1. Dans la partie qu'il a consacrée à la question fiscale se rattachant au rachat par une société de ses propres actions, M. Moulin (*op. cit.*, p. 256) arrive au contraire à la conclusion que la taxe ne serait pas perçue. Mais c'est une opinion qui lui est personnelle et aucune certitude ne sera acquise avant qu'une solution de la régie ou un arrêt de jurisprudence ne soit intervenu.

M. Copper-Royer (*op. cit.*, tome V, n° 920), bien que ne considérant pas cette solution comme équitable, admet que la tendance actuelle de la régie doit l'amener à percevoir l'impôt même dans ce cas.

cet organe directeur de la société qui semble être le plus indiqué. Si les actionnaires pouvaient avoir confiance en leur société parce qu'ils connaissaient les résultats obtenus, combien mieux renseigné encore est le conseil d'administration qui préside au développement de l'affaire, la dirige et en connaît bien des détails et des espérances qu'un simple actionnaire ignore.

Le conseil d'administration, ou plus exactement l'ensemble des administrateurs, a de nombreuses raisons pour ne pas se désintéresser de l'opération. D'abord ils connaissent l'entreprise et ont confiance dans ses destinées car ils savent mieux que personne les affaires en cours de réalisation et les perspectives d'avenir. Ils sont d'ailleurs les premiers et les plus intéressés à ce qu'elle continue à prospérer.

Ensuite il n'est pas rare que les administrateurs soient propriétaires d'un certain nombre d'actions ; la réunion des voix attachée à ces actions par les statuts leur assure par là même la majorité au sein des différentes assemblées générales des actionnaires. Ceci se produit sinon toujours du fait des administrateurs eux-mêmes, tout au moins de par les groupes d'intérêts que chacun d'eux représente. Cette prépondérance n'est pas négligeable et le désir de la conserver influera sur la décision qui sera prise.

En effet, la création des nouvelles actions, augmente *ipso facto* le nombre total des voix dans les assemblées et par conséquent elle est susceptible d'amener un déplacement de la majorité, si ces actions vont se joindre à un groupe différent.

Enfin, c'est avec le conseil d'administration ou son délégué que l'actionnaire apporteur a conclu l'accord de la

phase préliminaire et discuté les conditions de sa réalisation. C'est donc naturel qu'il demande à ces mêmes personnes de s'engager à assurer ainsi l'aboutissement dernier.

Ainsi tout concourt à obliger les administrateurs, ou tout au moins certains parmi eux, à surveiller et prendre à leur compte la vente des actions d'apports. Leur intérêt bien compris joint au fait qu'ils sont les seules personnes susceptibles de s'engager aisément envers celui qui n'est encore qu'un futur actionnaire va les amener à se porter comme acheteurs pour le moment où les titres seront devenus négociables.

Dans quelles conditions les administrateurs vont-ils s'engager ?

L'engagement de leur part n'a pas besoin, aux yeux de l'apporteur, d'être une obligation d'acheter ferme les actions, mais simplement d'en assurer la vente en s'obligeant à trouver des acheteurs. Il suffira à l'apporteur d'être certain que ces acheteurs futurs absorberont la totalité des actions qui lui ont été attribuées et qu'au besoin, si la demande est insuffisante ; les administrateurs seront tenus de compléter jusqu'à due concurrence.

Quels que soient les cessionnaires, une seule chose lui importe : c'est qu'il puisse céder tous ses titres ; il demandera une clause de garantie qui le mette à couvert. Mais les administrateurs feront leur affaire de placement de ces titres et s'ils ne désirent pas les conserver en totalité pour eux, par leurs soins ils seront proposés à leurs amis, à leur groupe ou tout simplement aux actionnaires de la société, et c'est pourquoi nous disions, en parlant de ces derniers, que c'étaient eux qui probable-

ment finiraient par absorber les actions nouvellement créées.



Un autre point reste à régler, c'est le prix auquel s'effectuera la cession des actions d'apport devenues négociables.

Ces actions, au moment de leur attribution, s'étaient vu fixer une valeur qui pouvait être supérieure à leur montant nominal. Cette prime d'émission dont on avait majoré la valeur de chaque action devait éviter qu'au moment justement où l'apporteur revendait ses titres, il n'en tire une plus-value, ce qui aurait été l'origine d'un bénéfice non prévu dans l'accord initial. Cette prime, pour autant qu'elle était justifiée, devait à bon droit entrer dans le calcul d'attribution.

Mais, inversement, cette prime peut avoir perdu sa raison d'être, deux ans plus tard, et le propriétaire, dans ce cas, ne recevra, au moment où il voudra céder ses titres, que des offres à un prix unitaire inférieur à celui qui servit de base dans le calcul précédent.

Ce pourrait être l'effet d'une manœuvre malhonnête de la part des dirigeants de la société. Mais il se pourrait que, plus simplement, ce soit l'effet des facteurs économiques normaux : risque possible d'une fluctuation dans les cours. L'époque actuelle nous en a montré trop d'exemples pour qu'il soit utile d'insister là-dessus.

Contre ce risque, le propriétaire va également chercher à se prémunir par une clause fort simple : l'engagement souscrit par les administrateurs contiendra, en plus de l'obligation de fournir des acheteurs, l'indica-

tion du prix auquel la cession devra se faire. Ce prix sera le plus souvent celui-là même auquel l'action d'apport aura été évaluée à l'origine. Mais parfois aussi, dans le but de laisser bénéficier l'actionnaire d'une hausse de cours qui ne serait pas due seulement au développement de l'affaire, mais surtout à une baisse de l'unité monétaire, cette clause mentionne ceci : « La valeur de l'action prise pour base au moment de la cession sera calculée en capitalisant à 6 % (par exemple) les dividendes et superdividendes distribués pendant l'année qui aura précédé la cession. Cette valeur ne pourra être inférieure au cours d'évaluation de l'action au moment de l'apport, c'est-à-dire à ... »

Cette dernière clause s'est rencontrée en particulier pendant les années où l'instabilité de notre monnaie faisait craindre une dépréciation définitive qui eût constitué une grave lésion d'intérêt. Elle a joué notamment dans le cas suivant :

La Compagnie Hôtelière de R..., au capital social de 1.500.000 francs, divisé en 15.000 actions de 100 francs, exploitait, en 1925, un hôtel dont elle était locataire pour une durée d'environ 15 ans, en vertu d'un bail consenti peu après la guerre. Cette société, bien gérée et prospère, réalisa des bénéfices qui lui permirent de constituer des réserves destinées à acheter éventuellement l'immeuble dont elle était locataire. En 1925, elle fit des ouvertures au propriétaire en vue de cet achat et l'accord se fit sur les bases suivantes : l'immeuble était apporté à la Compagnie Hôtelière moyennant l'attribution de 8.000 actions d'apport qui étaient évaluées à 125 francs chacune et représentaient par conséquent une somme globale de 1.000.000 de francs comme prix de

l'immeuble. Le nouvel actionnaire s'était réservé, aux termes d'un accord signé par lui et par l'administrateur délégué de la société, la faculté soit de conserver définitivement les actions qu'il allait recevoir, soit de demander le rachat d'un certain nombre d'entre elles à l'expiration du délai de deux ans pendant lequel elles n'étaient pas négociables, sans que ce nombre puisse dépasser les trois quarts du nombre total attribué, c'est-à-dire 6.000 actions au maximum.

Nous laissons de côté la question des personnes qui devaient se porter acheteuses des titres pour en arriver à la question du prix. Au cas où l'actionnaire apporteur opterait pour le rachat, la valeur de l'action serait fixée de la façon suivante : en capitalisant à 8 % les intérêts et dividendes nets distribués à chaque action (c'est-à-dire après soustraction de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières), à la suite du dernier exercice, l'actionnaire n'ayant à faire connaître sa décision qu'après avoir eu connaissance des résolutions votées par l'assemblée générale concernant le point qui l'intéressait.

Il eut à exercer cette option environ trois ans après la cession de son bien à la société. Le développement de l'industrie hôtelière et la prospérité qui en fut la conséquence pour la Compagnie en question avait à ce moment fait gonfler les dividendes qui étaient alors fixés au taux de 12 %. L'action se trouvait évaluée au taux de la capitalisation prévue à 150 francs, ce qui aurait constitué une plus-value de 20 % sur le prix de l'immeuble primitivement fixé. Cependant, l'actionnaire n'usa pas complètement du droit qu'il s'était réservé et se contenta de demander à céder la moitié des actions qu'il avait reçues en partage. Ceci, d'ailleurs, pour une raison

étrangère à l'opération elle-même : toute exploitation hôtelière paraissait à ce moment recéler une mine d'or, les bénéfices de chaque année se trouvant en forte augmentation sur ceux de l'année qui l'avait précédée. Notre actionnaire fit la part de la prudence en demandant le rachat de la moitié de ses titres, mais se laissa aussi séduire par les dividendes plus qu'intéressants que distribuait cette affaire et conserva un portefeuille de 4.000 titres. A l'heure actuelle, les bénéfices et les dividendes sont du domaine de l'histoire et les résultats d'une exploitation déficitaire lui font regretter sa décision.

*
**

Une clause spéciale peut figurer dans les accords particuliers non publiés. L'actionnaire peut désirer conserver définitivement les titres qu'il a souscrits : ceci se produira si, au moment où la vente des actions devient possible, la valeur qu'elles représentent est supérieure à la somme qui a été convenue pour le rachat ou bien si les dividendes qu'elles rapportent dépassent de beaucoup l'intérêt qu'on peut normalement espérer de la somme à recevoir en échange.

Dans le cas de la Société de R... que nous venons de citer, nous avons vu que l'actionnaire avait conservé un nombre d'actions supérieur à celui qui avait été prévu. Or, dans ce cas, il y avait un réajustement prévu et basé sur la hausse des dividendes. Sinon, et c'est le cas normal, il aurait reçu 125 francs par titre. Or ce même titre rapportait 12 % de la valeur nominale, soit environ 10 % de la valeur de placement. Ce taux était assez intéressant pour tenter l'actionnaire et l'inciter à conserver les titres souscrits, contrairement à son idée première

Mais les administrateurs, de leur côté, peuvent craindre ce revirement. Il aurait l'inconvénient de fausser les calculs, de laisser inemployés les fonds prévus pour le rachat (il y a une autre raison aussi que nous verrons plus loin). Bref, quelle qu'en soit la raison, ils peuvent désirer se prémunir contre ce fait et s'assurer dès le début que l'apporteur ne changera pas d'avis au cours des deux années d'attente et ne cherchera à demeurer définitivement actionnaire, comme c'est son droit le plus strict.

Aussi, dans le cas d'actions nominatives, les membres du conseil d'administration en cause, demanderont au nouvel actionnaire de signer des formules de transfert en blanc : à l'expiration du délai de non négociabilité, ces formules seront remplies au nom des personnes qui se portent acheteuses des actions d'apport; il suffira d'écrire à côté du « Bon pour transfert » signé précédemment, un « Bon pour acceptation de transfert » qui sera signé par le cessionnaire et l'opération sera parfaite.

Cette clause est un peu particulière. Elle se légitime normalement par un besoin de garantie à fournir par l'actionnaire, lorsque, par avance, on lui a accordé des avantages outrepassant ses droits.

Nous verrons ce cas se présenter dans le chapitre suivant, où il s'accompagne d'une autre particularité.

*
**

Les différentes phases de l'opération sont terminées. En acceptant tous les cas particuliers qui ont été signalés au passage, le résultat final est celui-ci : la société

anonyme est maintenant propriétaire de l'immeuble envisagé, tandis que l'ancien propriétaire a reçu en argent le prix sur lequel on était tombé d'accord. Les actions d'apport qui ont servi d'intermédiaire n'interviennent plus maintenant.

Mais, en récapitulant ce qui s'est passé, on s'aperçoit qu'en fait, aussi bien la première phase que la seconde ne contiennent que l'accomplissement d'un certain nombre de formalités. Car dès la phase préliminaire, tous les éléments du contrat sont fixés, la régularisation de l'apport, étant donnée l'approbation, par les fondateurs ou les administrateurs, des termes de l'échange, ne souffrira pas d'objection. Quant à la vente des actions, le prix est fixé d'avance, les cessionnaires futurs sont connus (et si ce n'est eux, en définitive, qui les acquièrent, ils font leur affaire de les faire acquérir par d'autres), parfois même les formalités de transfert, s'il s'agit de titres nominatifs, sont déjà effectuées en puissance. Il n'y a, en somme, qu'à attendre la fin de la période de deux ans, obstacle tant du Droit civil que du Droit fiscal, pour opérer la régularisation définitive.

Est-ce surprenant ? Mais non, si l'on considère le véritable caractère de ces actes. Il s'agit, au fond, d'opérations aboutissant aux conséquences juridiques d'une vente. Or, tous les éléments nécessaires ont été fixés, et sur ces éléments s'est fait l'accord des parties, le propriétaire agissant pour lui, les administrateurs ou fondateurs engageant officiellement la société. Par conséquent, le consentement de chacun étant acquis, le temps nécessaire à l'exécution des clauses n'est d'aucune importance.

CHAPITRE IV

LA SITUATION DE L'ACTIONNAIRE APPORTEUR PENDANT LE DELAI DE NON NEGOCIABILITE DES ACTIONS D'APPORT

Lorsque, deux ans après son apport à la société, l'actionnaire a revendu les actions reçues en échange et qu'il est redevenu purement et simplement un tiers, il est dans la situation d'un particulier qui aurait vendu son immeuble moyennant un prix payable au bout d'un délai de deux années. La vente, qui était parfaite dès l'accord intervenu entre les deux parties, peut toujours prévoir une clause de durée relative à une des conditions du contrat. Ainsi, le délai de deux ans expiré, la condition juridique et économique de l'apporteur est la même que celle du vendeur.

Mais, pendant ces deux années de non négociabilité des actions d'apport qui, en pratique, n'autorisent aucune cession à cause des droits d'enregistrement de l'acte qui la constaterait, il existe des différences essentielles tant au point de vue économique, qu'au point de vue juridique entre la situation de celui qui a vendu un immeuble à une société et celle de celui qui est devenu actionnaire apporteur du même immeuble dans cette société anonyme.

Il y a là une opposition logique et facile à comprendre. L'actionnaire qui, pour sa part dans le patrimoine social à constituer, apporte un bien en nature, devient, par ce fait même, partie prenante dans les bénéfices à réaliser. Le risque d'entreprise qu'il va courir sera la contre-partie nécessaire de sa vocation aux bénéfices. Ses droits sur l'actif social ne seront satisfaits qu'après ceux de tous les créanciers de la société à qui la loi a accordé ce privilège sur le patrimoine en garantie de leurs créances. D'ailleurs, le mot même de risque exclut la possibilité d'accorder aucune garantie à l'actionnaire. Le sort de ses intérêts comme ceux de n'importe quel autre commerçant est lié à la prospérité de l'entreprise. Si elle réalise des bénéfices, l'associé en aura sa part; si elle périclité, son apport n'étant pas garanti, il subira les pertes selon la proportion préétablie par les statuts.

Au contraire, le propriétaire d'immeuble qui vend son bien, gère son patrimoine comme un père de famille en échangeant simplement contre une valeur mobilière une partie immobilière de sa fortune. Il n'y aura ni augmentation ni diminution du total, tout au moins en principe. La valeur existant, en argent, après la vente, représente uniquement la valeur disparue de l'immeuble vendu tant que ces opérations ne sont pas habituelles et que nous n'entrons pas dans la catégorie des actes qualifiés « achats pour revendre », il n'y aura pas là un acte de commerce, pas de possibilités de bénéfice, pas de risques à supporter.

Le législateur a même cherché à protéger le propriétaire vendeur contre certains risques, tels que la lésion par exemple. Si celui-ci est ignorant de la valeur de son bien et que de ce fait il le vend à un prix dérisoire, trop

manifestement inférieur à sa valeur réelle, la loi lui accorde une action pour demander la rescision de l'acte pour lésion de plus des sept douzièmes. Cette tendance devait inciter à donner certaines garanties, quant au paiement du prix, si celui-ci n'était pas payé au moment de la signature de l'acte de vente.

Ainsi, dans un cas, risque inévitable. Dans l'autre, garanties légales. La période de deux ans pendant laquelle le vendeur est actionnaire de fait, sinon d'intention, le met dans une situation très spéciale et certainement beaucoup moins favorable pour lui que la situation normale. Nous allons examiner cette situation de plusieurs points de vue.

*
**

LE POINT DE VUE ÉCONOMIQUE. — Nombreux sont les actes de vente qui, dans le paragraphe concernant le prix de cession convenu, portent ces deux mots : « Dont quittance » qui indiquent que la vente s'est faite au comptant et que le vendeur a reçu son prix en espèces au moment de la signature de l'acte et devant le notaire¹.

Si cependant la totalité du prix n'a pas été intégralement payée à ce moment, du moins un fort acompte a été versé, car c'est souvent cet argent liquide qui a dé-cidé le propriétaire à traiter. En tous cas, il est excessivement rare que normalement le vendeur ne soit payé que deux ans plus tard sans avoir rien perçu jusque là des sommes qui doivent lui revenir.

1. Selon la théorie des dispositions dépendantes, l'administration de l'enregistrement admet que ceci n'entraîne pas un droit de quittance distinct en sus du droit perçu à l'occasion de la mutation.

Or les droits de mutation sont imputables à l'acheteur sauf conventions contraires entre les deux parties. C'est donc la société anonyme qui réalise une économie et non pas le propriétaire qui évite des frais. Il est bien certain que cette considération a certainement influé sur le prix convenu, car la société n'ayant pas à supporter ces droits qui ont varié du 1/6 au 1/4 du prix, ces dernières années, a pu consentir un prix plus élevé pour l'immeuble. Cette majoration du prix s'explique d'une part en raison de l'économie réalisée et d'autre part aussi par le délai de paiement imposé au propriétaire.

Mais ceci ne change en rien le fait que le propriétaire pendant deux ans ne pourra pas disposer des capitaux qu'il espérait réaliser en vendant son immeuble. Et cet état de choses peut présenter pour lui de graves inconvénients sans être un gros avantage pour la société si elle dispose d'un fonds de trésorerie ou de valeurs facilement réalisables qui auraient pû lui permettre de payer comptant son achat et c'est ainsi qu'on va essayer d'obvier à cet inconvénient par une des combinaisons suivantes :

*
**

A) LA SOCIÉTÉ POSSÈDE UNE TRÉSORERIE AISÉE. — Certaines sociétés anonymes surtout lorsqu'elles ont derrière elles un long passé de prospérité ont accumulé sous différentes formes des réserves représentées par des éléments disponibles ou facilement réalisables de leur actif. Les bénéfices non distribués ont permis d'acheter des valeurs mobilières ou des actions donnant

des intérêts dans les sociétés industrielles connexes, à qui la société même était liée par des contrats de vente ou de participation. La réunion de ces achats a formé ce qu'on appelle le « Portefeuille-Titres » dans le bilan et en consultant les publications financières on vérifie combien ce poste de l'actif peut être élevé comparativement au capital social.

Cependant la facilité de réalisation du Portefeuille-Titres n'est pas aussi grande qu'on peut le croire : certaines participations sont souvent difficiles à céder en raison du manque de demandes. Mais surtout ces participations jouent peut-être un rôle important dans la structure économique ou financière de l'entreprise et même dans le cas d'une cession avantageuse possible, le Conseil d'administration ne voudra pas porter atteinte à cet élément vital.

Mais il peut exister aussi sous la rubrique qui porte cette dénomination Portefeuille, des titres de rente sur l'Etat français, bons du Trésor, etc., car ces valeurs mobilières sont acceptées généralement comme cautionnement par les administrations de l'Etat, du Département, des Communes. Les entreprises qui font des travaux et sont en rapport avec ces administrations publiques, au lieu de constituer en espèces leurs dépôts de garantie, ce qui immobiliserait des sommes élevées stérilement (aucun intérêt n'étant servi sur les cautionnements), préfèrent déposer le montant de la caution en titres de rente productifs d'un intérêt raisonnable. C'est cette partie du portefeuille qui peut être réalisée presque instantanément et va fournir l'argent liquide nécessaire.

Sur ces sommes disponibles, l'actionnaire pourra être autorisé à prélever en compte courant (productif ou non

d'intérêts selon un taux à débattre) et d'après les modalités fixées par accord avec la société, toutes sommes d'argent jusqu'à concurrence de... La limite de ces prélèvements pourra être le montant total du prix de rachat des actions, mais il sera plus vraisemblablement inférieur à ce chiffre d'après des considérations spéciales à chaque cas, et en particulier surtout, d'après les disponibilités en espèces de la société et les rentrées probables qu'elle escompte.

Ce compte, qui aura été débité au fur et à mesure des retraits opérés par l'apporteur, sera crédité du montant des cessions d'actions à l'expiration de la durée de non négociabilité. Si le plafond des prélèvements autorisés atteignait exactement le total du prix des actions, ce compte sera rigoureusement soldé.

Si au contraire l'apporteur n'a eu le pouvoir ou le désir de retirer qu'une partie de la somme qui doit lui revenir, il apparaîtra un solde créditeur dans ce compte courant qu'il pourra laisser en compte ou retirer à son gré, de même qu'il aurait pu ne vendre qu'une partie de ses actions.

Cette hypothèse suppose que l'apporteur avait un besoin immédiat d'argent liquide et que d'autre part la société possédait des éléments d'actif immédiatement disponibles, sans préjudicier à la bonne marche de ses affaires.

B) LA SOCIÉTÉ NE POSSÈDE PAS LES DISPONIBILITÉS NÉCESSAIRES. — Ce cas est le plus fréquent, car nous avons vu précédemment que toujours l'opération immobilière était importante, relativement au capital social, pour faire passer outre aux inconvénients du procédé. Or, il est

rare qu'une société, si riche et si prospère qu'elle puisse être, ait une trésorerie assez pléthorique pour qu'elle puisse en distraire sans gêne un montant aussi élevé. C'est pourquoi l'apporteur devra se résoudre dans la plupart des cas, à attendre patiemment l'expiration des deux années fatidiques.

Pourtant, un moyen existe lorsque le vendeur est lui-même un commerçant. Il consiste dans une opération bien connue du droit commercial qu'on appelle la mobilisation d'une créance et qui, faisant intervenir un établissement de crédit, permet au créancier d'avoir un argent immédiat sans rien changer au terme qui favorise le débiteur : c'est la lettre de change. En effet, en déposant dans une banque les actions d'apport comme garantie du crédit d'escompte demandé, il sera possible de négocier des traites, sinon pour la totalité, du moins pour une part de la somme immobilisée.

Ces traites pourraient être libellées à l'échéance du délai terminé ; mais un effet de commerce payable dans deux ans est peu maniable et subit de plus un escompte très élevé, car il ne s'agit plus de crédit à court terme, mais à moyen terme. Au contraire, les traites tirées à une échéance de 90 jours au maximum peuvent plus facilement être escomptées et comportant la signature du tireur et l'acceptation du tiré, elles seront réescomptables à la Banque de France par la première banque qui y aura apposé une troisième signature et en fera un effet bancable. Ces effets à trois mois seront renouvelés aux échéances successives selon une pratique juridiquement critiquable, mais fréquemment utilisée en affaires et cela jusqu'au moment où la vente des actions aura permis de les retirer définitivement.

L'escompte de ces lettres de change fournira à l'appor-
teur commerçant les fonds qui lui étaient nécessaires et
que la société était dans l'impossibilité de lui fournir.
Ce second moyen a pu d'ailleurs être combiné avec le
précédent dans un système intermédiaire, tout ceci for-
mant une série de cas d'espèces à solutions originales.

Dans un cas, en particulier, il s'est produit un mélange
assez typique des deux systèmes avec adaptation d'une
variante pour le premier. En effet :

La société B. T., société anonyme au capital de
-1.750.000 francs occupait pour ses ateliers et magasins
les locaux d'un immeuble assez important. Cet immeu-
ble était la propriété d'un commerçant qui était en rela-
tions d'affaires avec la société comme client de celle-ci.
Un accord intervint en 1929 aux termes duquel l'immeu-
ble occupé fut apporté par le propriétaire à la société
moyennant attribution de 923 actions d'apport évaluées
à 150 francs (prise approximative de l'immeuble,
600.000 francs).

Le commerçant avait accepté de céder la propriété de
son immeuble parce que la situation de ses affaires
nécessitait un afflux d'argent frais et de disponibilités.
Il n'envisageait donc pas comme possible pour lui l'im-
mobilisation de ces capitaux pendant plus de deux ans.
D'autre part, la société ne possédait pas un fonds de
roulement important au point de pouvoir l'amputer de
600.000 francs sans gêner son fonctionnement normal.
L'on convint d'une cote mal taillée qui divisa cette
somme de 600.000 francs en trois fractions. Une première
fraction de 250.000 francs fut versée un mois après régu-
larisation des formalités de l'augmentation de capital.
Cette somme provenait de la vente de valeurs mobilières

que la société possédait en portefeuille et qui, cotées à la Bourse de Paris, avaient pu être facilement réalisées (une partie en effet était constituée par des titres de rente française). Ce versement figura au bilan de la société sous la rubrique générale « débiteurs divers » qui groupait de très nombreux comptes de mince importance.

Pour une seconde fraction de 150.000 francs, l'apporteur fut autorisé à tirer sur la société des lettres de change venant de 30 à 50.000 francs qui, revêtues de l'acceptation du tiré, furent escomptées par lui au même titre et de la même façon que les divers effets de commerce tirés sur ses clients et relatifs à son entreprise. Ces effets furent renouvelés à leur échéance de trois en trois mois, mais cependant pendant un délai inférieur aux deux années, car, pour des causes étrangères à l'opération même, ce supplément de ressources ne fut plus indispensable avant cette époque. Mais le principe lui-même se rattache au deuxième système que nous avons cité.

Enfin, pour le reliquat de la somme, soit 200.000 francs, il fut convenu que le commerçant (qui était client de la société, avons-nous dit) serait autorisé à rester débiteur envers celle-ci jusqu'à concurrence de 200.000 francs au titre de travaux et fournitures qu'il pourrait recevoir d'elle. Cette dernière particularité ne crée pas un système spécial. Il vaut mieux y voir une variante du premier système suivant lequel la société fait l'avance des fonds à l'apporteur. Renoncer en effet à demander paiement de ce qui lui est dû pendant les années d'attente ne constitue en effet qu'une avance de fonds par acomptes pendant ce délai puisque, en définitive, ces marchandises

auraient pu être vendues à un autre et payées régulièrement, tandis que par ailleurs l'associé apporteur aurait prélevé des sommes à valoir sur le produit de la cession future de ses actions.

*
**

Une différence essentielle doit être signalée ici. Lorsqu'un vendeur ayant livré l'objet vendu reçoit en argent le prix convenu, cet argent est sa propriété et ne pourrait faire l'objet d'une restitution sauf en des cas exceptionnels. Normalement les relations entre les parties se terminent lorsque, l'objet étant livré, le prix en a été payé, la substitution de valeurs est parfaite mais il est loin d'en être ainsi dans le cas examiné plus haut.

L'opération consistant dans la livraison de l'immeuble en échange des actions d'apport est parfaite, mais si postérieurement à cette opération, l'apporteur reçoit de l'argent ou un droit convertible en argent, il souscrit de ce fait une obligation envers la société créancière et celle-ci, en cas de mauvaises affaires serait en droit de demander le remboursement du découvert consenti.

En effet, le compte courant est un contrat successif qui peut prendre fin à certaines époques déterminées, comme il peut se continuer par tacite reconduction. C'est un contrat qui implique l'accord et la confiance réciproque et ce facteur personnel (*intuitu personae*) peut être susceptible d'amener une cause de dissolution, lorsque la durée du contrat n'a pas été fixée préalablement dans la convention et que chacune des parties est libre d'y mettre fin en notifiant sa décision à l'autre. Ici ce n'est pas le cas puisque l'époque (terme comptable indiquant la date

à laquelle le compte courant doit être arrêté), est normalement fixé à deux ans.

Cependant la faillite ou la liquidation judiciaire de la société entraîneraient de plein droit la clôture du compte courant et le solde définitif que fait apparaître le règlement, constitue pour celui qui en est débité une dette immédiatement exigible. La convention secrète conclue entre l'actionnaire bénéficiaire de compte courant et la société ne pourra pas être opposée, par conséquent, il n'y aura pas de compensation possible et l'actionnaire devra verser entre les mains du liquidateur la somme dont le compte courant le reconnaîtra débiteur (Cass. 19 novembre 1906) ¹.

Quant à l'exigibilité immédiate du solde, on a pu convenir d'un délai dont le débiteur pourra bénéficier dans tous les cas.

Mais la situation générale en sera peu modifiée car l'actionnaire débiteur en cas de déconfiture de la société, se trouvera débiteur d'une somme liquide et n'ayant pour amortir cette dette que des titres dont la valeur sera sinon nulle, tout au moins bien inférieure à leur valeur nominale. Si l'obligation de rachat à un prix déterminé par certains administrateurs, a fait l'objet d'une convention régulière, ainsi que nous l'avons envisagée dans un chapitre précédent, tout recours ne sera peut-être pas fermé à l'actionnaire. Car la société est en faillite mais le patrimoine personnel des administrateurs peut offrir la garantie que l'ancien propriétaire de l'immeuble ne sera pas pratiquement dépouillé. Mais en cas de

1. En droit la faillite arrête le compte courant ouvert avec le failli de telle sorte que le solde de ce compte est établi au jour de la fixation de la faillite (D., 1907.1.78).

mauvais vouloir de ceux-ci, et c'est trop naturel d'envisager cette hypothèse, toute demande en justice fera courir le risque de révéler le vrai caractère des opérations effectuées entre la société et l'apporteur. Les conséquences pécuniaires peuvent être désastreuses puisqu'on aboutirait à prouver la fraude aux yeux du fisc et la Régie se mettrait aussitôt en mesure de réclamer les doubles droits, amendes, etc., que la loi a édictés à l'encontre des fraudeurs démasqués.

Ainsi, dans ce cas, qui ne sera peut-être pas très fréquent, puisque par hypothèse, nous avons toujours eu à faire à des sociétés prospères, mais qui cependant n'est pas impossible (la preuve en est donnée par les faits actuels), la situation de l'apporteur sera loin d'être bonne : s'il a reçu le prix sous forme d'avances en compte courant, il devra rembourser sans contre-valeur égale : s'il devait se payer par la vente de ses actions d'apport, les titres d'une société en faillite ne valant souvent guère mieux que leur poids de papier, il subira l'équivalent d'une perte totale de son immeuble.

*
**

LE POINT DE VUE JURIDIQUE.

La situation du vendeur d'immeuble et celle d'un actionnaire ayant fait apport de son immeuble à une société, offrent de très importantes différences du point de vue juridique.

Le vendeur d'immeuble gère son patrimoine en s'efforçant de le conserver intact : il cherche à ne pas aventurer son capital et il est naturel qu'on ait cherché à le protéger lors de l'échange des valeurs de son patrimoine

contre les valeurs qu'il doit recevoir en représentation ¹.

Au contraire, les capitaux engagés par un actionnaire dans une société lui font assumer le rôle de l'entrepreneur dans le cycle économique de la production; dans son partage figurent les risques de bénéfices ou de perte.

Examinons successivement ce qui va se produire en cas d'insolvabilité de la société, lorsqu'elle se trouve en face d'un vendeur, ou d'un actionnaire apporteur.

Quelle est d'abord, au point de vue très général, la situation de la société envers les tiers, ayant à faire valoir sur elle des droits de créance ?

Aux termes de l'article 2092 du Code civil, le débiteur qui a contracté une obligation est tenu de l'exécuter sur tous ses biens, c'est-à-dire qu'en cas de non-exécution de ce qui fait l'objet de l'obligation, le créancier a le droit de faire saisir le patrimoine de son débiteur et de se payer jusqu'à due concurrence sur le montant du produit de la vente réalisée selon les formes et prescriptions du Code de procédure civile ².

La source de cette obligation importe peu, non plus que sa qualité ou son objet; si le débiteur ne tient pas ses engagements, tous ses biens forment un gage commun à tous les créanciers et sont affectés au paiement des dettes. Les biens du débiteur signifient dans ce cas, l'ensemble de tous les éléments composant l'actif de son patrimoine.

Mais malgré les termes absolument généraux du texte,

1. Planiol et Ripert, tome XII, *Privilèges spéciaux immobiliers*, chap. VII.

2. Il s'ouvre alors, à la diligence d'un créancier et sous l'autorité du Tribunal civil compétent, une procédure de distribution par contribution prévue par les articles 656 et suivants du Code de procédure civile. Ce moyen est fort long en même temps que coûteux; il est en général peu favorable aux créanciers chirographaires, pour peu qu'une créance privilégiée soit produite.

on s'aperçoit bientôt que cette sûreté offerte aux tiers est plutôt restreinte. Il existe tout d'abord certains biens qui, en vertu d'exceptions légales ou conventionnelles sont soustraites à l'action des créanciers et la tendance de la législation actuelle est d'augmenter toujours le nombre des exceptions légales. D'autre part, les créances chirographaires ne jouissent pas du droit de suite comme les droits réels et ces créanciers ne peuvent pas rechercher entre les mains des tiers acquéreurs les biens, meubles ou immeubles qui étaient leur garantie. Il n'en est autrement que si l'aliénation a eu lieu en fraude de leurs droits : dans ce cas l'article 1167 du Code civil leur donne la possibilité de faire annuler l'aliénation et de faire rentrer le bien dans le patrimoine de leur débiteur pour y être affecté au paiement de leurs créances.

Enfin et surtout l'article 2093 du Code civil spécifie que les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers, ce qui signifie que pour le paiement de leurs créances, ceux-ci concourent tous au même rang sur le produit de la vente, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre leurs droits suivant l'origine ou la date de ceux-ci. Il en résulte cette conséquence pratique, que en cas d'insuffisance du produit de cette vente pour les désintéresser intégralement, ils sont appelés à subir la perte commune, chacun d'eux proportionnellement au montant de sa créance.

Cette règle ne se justifie pas en équité car c'est anormal de soumettre au même traitement celui qui a traité et fait crédit au débiteur en un moment où celui-ci parfaitement solvable, présentait toutes garanties et ceux qui, plus insoucieux, sont devenus les créanciers d'un patrimoine déjà obéré quand la situation du débiteur fut

compromise. Mais les nécessités de la pratique et en particulier du commerce des biens mobiliers ont imposé cette règle qui constitue un moindre mal.

Mais la loi s'est préoccupée de créer divers moyens pour soustraire certains créanciers aux risques d'insolvabilité du débiteur. Et dans le but de leur éviter le concours avec la masse et le paiement au marc le franc, elle a organisé pour eux des causes légitimes de préférence en particulier les privilèges (art. 2094 et 2095).

Le principe de cette sûreté avait déjà été admis en Droit romain où dans le conflit des créanciers chirographaires, certains d'entre eux étaient préférés aux autres, en vertu d'un « privilège *interpersonales actiones* ». Et notre ancien Droit conserva cette idée. Mais il s'ajouta une sûreté réelle spéciale en vertu de laquelle certains créanciers seraient appelés les premiers en primant même les créanciers hypothécaires : ce système s'est conservé en ses principes dans la rédaction du Code civil.

Ces privilèges résultent de la loi qui les a automatiquement attachés à certaines créances plus dignes que les autres de protection et de faveur. Bien que parmi ces privilèges, il en soit qui sont attribués en raison de la personne du créancier — le privilège du Trésor notamment est de ce nombre — c'est en faveur de la créance qu'en règle générale, ils ont été créés¹. C'est à cette catégorie qu'appartiennent en particulier le privilège du vendeur de meubles et celui du vendeur d'immeubles².

Ils reposent sur l'idée que le créancier a apporté un

1. Planiol et Ripert, tome XII, p. 10; ceci n'est pas vrai du créancier gagiste et du Trésor.

2. *Ibidem*, p. 584 n° 626. « Cette sûreté est attachée à tout acte ayant le caractère d'une vente et portant sur un bien immobilier pourvu que le prix en reste dû par l'acheteur en tout ou partie. »

bien dans le patrimoine du débiteur : il a contribué à enrichir celui-ci et dans une certaine mesure à améliorer la situation des autres créanciers. L'équité veut que ce créancier qui a fait un acte profitable à tous, ne soit pas traité comme un simple créancier chirographaire. Il est donc juste qu'il possède un privilège en garantie de sa créance. Lorsqu'il s'agit du vendeur d'immeubles notamment on se trouve en face d'une personne qui a apporté dans l'actif de l'acheteur une valeur importante : il doit jouir d'une situation de faveur par rapport au prix du bien apporté par lui.

Le privilège du vendeur d'immeuble, un des plus importants, sinon le plus important de ceux créés par la loi, confère un droit de préférence qui prime le droit des créanciers hypothécaires et *a fortiori* celui des créanciers simplement chirographaires. D'autre part, comme ce privilège porte sur un bien immobilier, il bénéficie non seulement d'avantages opposables aux créanciers, mais encore d'un droit de suite qui réagit vis-à-vis des tiers, et en particulier de tiers acquéreurs. Dans ce domaine, on applique les règles de notre régime des hypothèques, du fait qu'il s'agit d'un *jus in re*, droit réel en vertu duquel on peut suivre la chose en quelques mains qu'elle passe.

*
**

Le privilège du vendeur d'immeuble est un privilège spécial sur immeuble, déterminé par le droit civil et régi par les articles 2103 et suivants de notre Code civil. Il repose comme celui du vendeur de meubles sur l'idée d'équité qui veut que le vendeur d'une chose soit payé

par préférence sur le produit de la chose : ayant mis l'immeuble dans le patrimoine de l'acheteur, il doit pouvoir s'en faire payer le prix sur le montant de la vente de cet immeuble avant que les autres créanciers de l'acheteur puissent s'en saisir. Cet immeuble lui appartient avant d'être le gage des tiers.

Ce privilège existe dans tout acte présentant les caractères de la vente, et cela quelle que soit la forme donnée au contrat par les parties ou le nom dont elles l'ont désigné, du moment qu'un prix doit être payé en échange d'un immeuble qui est cédé. Mais inversement, il n'y a que les ventes qui soient favorisées de ce privilège.

Le privilège porte en principe sur tout l'immeuble vendu, mais il ne grève pas autre chose. Il frappe l'immeuble tel qu'il a été vendu, quelle que soit sa nature et quelle que soit la portion de l'immeuble si seulement une portion est vendue, mais dans ce dernier cas, le privilège ne portera que sur la partie qui a été vendue et non sur l'ensemble de l'immeuble, même si l'acquéreur devenait à d'autres égards propriétaire du restant et réunissait en un tout les différentes parties achetées.

Quelles sont les créances garanties ? Tout d'abord le prix convenu pour la vente tel qu'il a été porté au contrat. Il importe peu que ce prix soit payable en capital par un versement total ou bien sous forme de versements échelonnés ou même de rente. Peu importe enfin qu'il s'agisse d'un prix en argent stipulé dans l'acte de vente directement ou d'un supplément de prix ayant la forme d'une charge imposée à l'acquéreur et évaluable en argent. Car le privilège garantit, en effet, la créance

pour charge imposée à l'acheteur au profit du vendeur ou même d'un tiers (Cass. req., 12 juillet 1881) ¹.

Il garantit également les accessoires du prix et notamment les intérêts du prix pendant trois années, colloqués au même rang que le capital (loi du 17 juin 1893) sans que cependant les intérêts des intérêts soient appelés à en bénéficier — les frais d'actes, coût du contrat, honoraires, droits de mutation, droit de timbre, etc., à condition que l'inscription en ait été prise (Cass. civ., 9 mars 1898) ² — les sommes déboursées par le vendeur pour aboutir au paiement du prix, tels que frais et dépens taxés, droits de quittance, etc., selon l'opinion généralement admise par la doctrine.

Mais ce privilège ne garantit en principal que le prix porté au contrat et non les portions de prix qui auraient pu être déguisées sous forme de contrats à titre gratuit au bénéfice du vendeur non plus que les majorations stipulées dans des contre-lettres si qui ne seraient pas opposables aux tiers en vertu de l'article 1321 du Code civil par suite du défaut de transcription (Planiol, tome 2, n° 2899) ³. Aussi, dans une procédure d'ordre et contribution ouverte par un acheteur, le vendeur ne pourra se faire appeler au détriment des créanciers hypothécai-

1. Cass. req., 12 juillet 1881 (S. 1883.1.109). Également Cass. req., 1^{er} août 1904 (D. 1908.1.457). Aubry et Rau, t. III, p. 292. Planiol, tome II, n° 2899 et suivant; Planiol et Ripert, tome XII, n° 638, p. 593.

2. Planiol, tome II, n° 2902 : « En principe ces frais sont acquittés par l'acheteur; il se peut cependant que le vendeur en ait fait l'avance sauf à les recouvrer contre lui. En ce cas la jurisprudence reconnaît au vendeur le droit de réclamer ces frais par privilège. Cass., 1^{er} avril 1863 (D. 1863.1.184). Cass., 1^{er} décembre 1863 (D. 1863.1.450); Cass., 9 mars 1898 (S. 1899.1.241);

3. Voir aussi *Rép. gén. Droit français*, n° 668. Par conséquent dans une procédure d'ouverture de distribution par contribution, le vendeur ne pourra pas se faire colloquer au détriment des créanciers hypothécaires sur les sommes revenant à l'acheteur pour le supplément de prix dont il ne justifierait qu'en invoquant une convention secrète ou une contre-lettre.

res sur les suppléments de prix prétendus non portés dans l'acte de vente lui-même : il viendra seulement concourir avec les créanciers chirographaires de son acheteur sur la portion de prix non absorbée par son privilège et les hypothèques possibles.

Ce privilège subsiste jusqu'au paiement du prix fixé ou tout au moins jusqu'à la quittance libératoire donnée par le vendeur. Si la formule « Dont quittance » est insérée dans l'acte de vente à la suite de la clause déterminant le prix, elle éteint le privilège même si une contre-lettre établit que le paiement n'a pas réellement eu lieu. Il y a également extinction dans le cas d'une novation de créance portant sur le prix, si cette novation s'est faite sans que le créancier ait stipulé des réserves formelles conformément à l'article 1278 du Code civil¹. En cette matière, d'ailleurs, c'est surtout une question de fait sur laquelle les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation souverain. Ils auront à juger dans chaque cas, si les parties ont eu véritablement l'intention de faire novation et de renoncer ainsi au privilège légal (Cass. civ., 9 janvier 1893)².

Ainsi, la loi s'est efforcée de protéger le vendeur d'immeuble contre une insolvabilité possible de l'acheteur, lorsque ce dernier reste débiteur du prix convenu. La situation du nouveau propriétaire n'est pas gênée par ce privilège qui lui laisse la disposition du bien acquis par lui; ses droits de propriété vont si loin qu'il peut même vendre l'immeuble à un second acquéreur et la loi n'intervient que pour garantir les droits de son auteur

1. Planiol, tome II, n° 2901. Planiol et Ripert, tome XII, n° 638.

2. Cass. 9 janvier 1893 (S. 1894.1.73 et la note de M. de Loynes). Cass., 25 mars 1898 (S. 1898.1.408).

sur le prix de cette vente, lorsqu'il n'a pas encore été payé de la totalité du prix. Ce système est très heureux par conséquent, car il est en même temps propre à rassurer le vendeur sans restreindre l'acquéreur ¹.



En face de cette situation, quelle est la position d'un actionnaire dans une société anonyme, principalement en ce qui concerne le remboursement des sommes ou biens qu'il lui a apportés.

Peut-on dire qu'il jouisse d'une assurance ou d'une garantie quelconque à ce point de vue ? A-t-il reçu comme un porteur d'obligations émises par cette société, la promesse que son apport lui serait restitué à une date fixe ? Non : la situation d'un actionnaire dans une société anonyme est infiniment moins sûre, car le droit qu'il possède sur les biens sociaux, en particulier sur la part qui doit normalement lui échoir, à la dissolution de la société, ne pourra s'exercer qu'après paiement des dettes sociales. L'actif social est avant tout le gage des créanciers sociaux et s'il était procédé à une répartition entre les associés, avant le paiement intégral du passif, ces associés seraient tenus de rapporter ce qu'ils ont reçu indûment.

Ainsi, le produit de la liquidation d'actif doit servir tout d'abord à payer le passif et à faire face aux charges de la société envers les tiers. (D'ailleurs le liquidateur engagerait sa responsabilité s'il faisait une répartition avant la complète extinction du passif). Ce n'est

1. En doctrine cependant, la conception du Code civil français est critiquée car elle entraîne des distinctions et des subtilités inutiles. Voir notamment Planiol et Ripert, tome XII, n° 5 et suivants.

qu'après le règlement des engagements de la société que le produit net de la liquidation peut être distribué aux ayants droit.

Par conséquent, si à la suite de mauvaises affaires, le bilan de la société est déficitaire, si, notamment après avoir éteint le passif dû aux tiers, la somme restante est inférieure au capital social, les actionnaires ne pourront recevoir des parts représentant la valeur nominale des titres dont ils sont porteurs. Dans le silence des statuts à ce sujet, toutes les parts seront réduites au prorata de leur importance; une action de 500 francs par exemple, viendra au remboursement pour 350 francs (ou tout autre somme). Il n'y aura pas lieu de tenir compte des primes qui auront pu être versées par certains actionnaires lors des augmentations de capital, car la répartition se fera uniquement sur la base de la valeur nominale.

Que deviendra l'actionnaire apporteur d'un immeuble, s'il se trouve pris dans un cas semblable ? En particulier sera-t-il privilégié vis-à-vis des créanciers, ou même vis-à-vis des autres associés et pourra-t-il demander le remboursement de ses actions par priorité sur le prix de vente de l'immeuble qu'il a apporté ?

Cette situation serait incompatible avec le principe suivant lequel les associés doivent jouir d'avantages égaux dans la société et surtout l'acte constatant un apport à une société, apport représentant un immeuble, ne peut être considéré, au préjudice des tiers et notamment des créanciers chirographaires de cette société, comme ayant constitué une vente immobilière. Si on voulait soutenir que ce caractère appartient à l'apport, aux termes d'une convention secrète qui aurait été précé-

demment conclue entre les parties, les intéressés seraient en droit de prétendre que cette convention ne leur est pas opposable en vertu de l'article 1321, du Code civil, « les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes. Elles n'ont point d'effet contre les tiers » (Cass. req., 18 août 1874) ¹.

Dès lors l'associé qui a fait cet apport ne saurait jouir des avantages accordés par la loi au vendeur et notamment ne peut se prévaloir d'une telle convention pour exercer le privilège du vendeur sur les immeubles apportés (articles conjugués 1321 et 2103). Le privilège ne peut, en effet, être étendu par voie d'analogie d'un cas à l'autre, les créanciers privilégiés ayant été limitativement énumérés par les textes. Dès lors on ne saurait en faire bénéficier un associé, sur les immeubles dont cet associé a fait apport à la société pour la garantie des créances que cet apport aurait engendrées à son profit (Cass. civ., 13 juillet 1841) ².

N'oublions pas pourtant, que la jurisprudence considère par ailleurs, comme impliquant une vente la clause par laquelle une société s'engage en retour de l'apport qui lui est fait, à payer une certaine somme soit directement à l'associé, soit en l'acquit de charges dont cet apport est grevé : et qu'elle décide, en conséquence, qu'une pareille clause donne lieu au paiement du droit proportionnel (Cass. req., 28 février 1876) ³.

Ainsi l'actionnaire n'a aucun droit au privilège du vendeur : cette thèse a été officiellement confirmée par la jurisprudence de la Cour de cassation et principale-

1. Dalloz, 1875.1.123 et la note.

2. Jurisprudence générale Dalloz. *Privilèges et hypothèques*, n° 437.

3. Dalloz, 1871.1.275 et la note.

ment par l'arrêt du 29 juin 1881 ; il s'agissait de la faillite de la Société des thermes d'Enghein. Cette société avait reçu de la Société des Eaux minérales d'Enghein un certain actif mobilier qu'elle avait payé par l'attribution d'actions entièrement libérées et la prise en charge d'une dette obligataire qui grevait la Société des Eaux minérales d'Engchien. C'est en vertu de l'acte d'apport authentique que cette dernière société fit inscrire à son profit un privilège de vendeur pour la sûreté de la créance qui résultait d'un acte sous seing privé secret antérieur à l'apport et qui reconnaissait, à l'acte, le caractère de la vente. La Cour d'appel de Paris avait considéré, comme valable cette inscription de privilège : bien que reconnaissant le principe que les privilèges sont de droit étroit et n'existent que dans les cas expressément prévus par la loi, elle avait considéré que, par les faits qui l'avaient préparée et ceux d'exécution qui l'ont suivie, la transmission des immeubles dont il était question, n'était pas un apport mais une vente ayant produit un réel droit au privilège de vendeur : les apports avaient bien été l'objet de la procédure normale de vérification, mais la Cour n'y voyait que des apparences, cachant sous une fausse qualification la réalité des choses¹.

La Cour de Cassation n'admit pas cette interprétation et a cassé l'arrêt de la Cour de Paris, en disant : « Attendu que... la Société des Eaux minérales d'Engchien a fait apport suivant acte du... à la Société des Thermes d'Engchien des immeubles dont le prix est aujourd'hui en distribution : que cet apport a été vérifié, évalué, approuvé conformément à la loi ;

1. Dalloz, 1882.1.108.

Attendu qu'en attribuant à l'acte le caractère d'une vente et en validant l'inscription du privilège de vendeur requise en vertu de l'acte d'apport, opposant ainsi à la forme extérieure et au sens naturel de l'acte dûment publié... qui, pour les tiers, avait nécessairement tous les caractères légaux d'un apport en société, les documents qui contenaient la convention secrète précédemment conclue... l'arrêt attaqué a manifestement violé les textes de loi susvisées (art 1321 et 2103 du Code civil);... Cassé »¹.

Cette question est donc nettement tranchée, l'actionnaire apporteur d'un immeuble ne peut bénéficier du privilège du vendeur d'immeubles.



Il est nécessaire cependant d'indiquer une particularité lorsqu'il s'agit d'apports ventes.

Il n'y a pas apport mais vente lorsque l'équivalent du bien transmis à la société consiste non pas en droits sociaux soumis aux aléas de l'entreprise, mais dans une contre-partie, telle qu'une somme à payer par la société ou qu'une attribution d'obligations émises ou à émettre par la société. Mais l'apport peut aussi présenter un caractère mixte, partie vente, partie apport en société, lorsque le propriétaire reçoit en échange de la transmission de ses droits, à la fois des actions et une somme d'argent.

C'est un cas que nous avons envisagé dans un chapitre précédent, où nous parlions des apports à titre onéreux par opposition aux apports simples rémunérés uni-

1. Dalloz, 1882.1.106.

quement en actions ou droits sociaux. Cet apport vente est d'ailleurs soumis aux vérifications prescrites par la loi du 24 juillet 1867 (art. 4), ainsi que l'a admis la jurisprudence. Et cette formule trouve son application lorsqu'une société se transforme en faisant apport à une nouvelle société de son actif et de son passif; lorsque, s'agissant d'un immeuble, celui-ci est apporté moyennant l'attribution d'un nombre déterminé d'actions entièrement libérées et le paiement par la société d'un prix ou d'une dette hypothécaire ou d'une charge quelconque grevant le bien. Il y a apport jusqu'à concurrence de la valeur des actions attribuées, et vente pour le surplus.

Cette opération participant à la fois du caractère de l'apport et de celui de la vente a nécessairement des effets qui sont propres à chacun d'eux : c'est ainsi que pour la partie « apport » l'ancien propriétaire se trouvera dans la situation de l'actionnaire que nous venons de voir ; mais pour le reste, il sera traité comme un vendeur et jouira des avantages étudiés plus haut et spécialement du privilège des articles 2103 (Cass. 3 janvier 1900 et note Wahl, dans S. 1901.1.321).

Cette opération présente une analogie avec un contrat de Droit civil appelé échange. Dans un contrat d'échange, les deux parties troquent deux biens l'un contre

1. « Lorsque la rémunération de l'apport consiste en partie dans un droit aux bénéfices et en partie dans une somme ou une valeur fixe, il constitue un véritable apport pour la première fraction et une vente pour le surplus ; en d'autres termes jusqu'à concurrence de la somme ou de la valeur fixe il y a vente des biens apportés pour le surplus ces biens entrent en société. Cass., 27 décembre 1898 (Sirey, 1899.1.147). Par conséquent lorsque comme dans l'espèce la société est tenue de payer le passif grevant l'apport et qu'en outre des actions sont attribuées à l'apporteur il y a vente jusqu'à concurrence du passif mis à la charge de la société et apport pour le surplus. Cass., 6 mai 1896 (Sirey, 1897.1.294

l'autre sans qu'il y ait eu évaluation en argent sous forme de prix des objets échangés, l'appréciation personnelle des co échangistes a estimé qu'il y avait équivalence d'intérêts. Mais cette équivalence n'est pas une chose facile à réaliser. De même que, dans une pesée, l'objet mis dans la balance n'est pas toujours équilibrée par une masse marquée, de même, le plus souvent, il faudra fournir un appoint en espèces pour atteindre à l'équivalence. Nous avons alors affaire à un contrat dérivé du précédent, l'échange avec soulte.

Or, dans un contrat d'échange, lorsqu'il arrive qu'un des contractants donne un bien qui représente une valeur supérieure à celle donnée par l'autre (par exemple cette personne donne un immeuble qui vaut 100.000 francs et elle en reçoit un qui ne vaut que 75.000 (fr.), une soulte de 25.000 francs est stipulée pour compenser cette inégalité. Cette soulte constitue un véritable prix de vente : c'est le prix pour la portion d'immeuble cédé qui n'entre pas dans le cadre du contrat d'échange. Or, le Code civil a déclaré que les règles indiquées en matière de vente devaient être étendues à l'échange. Il faut donc en conclure que le privilège du vendeur d'immeubles s'applique à ce cas pour la portion qui constitue la soulte.

D'ailleurs étant donné que ce privilège repose sur l'idée d'équité suivante que l'on est en face d'une personne qui a apporté un bien dans le patrimoine de son débiteur et n'a pas reçu la somme promise en contrepartie, il est logique de penser que ce privilège doit s'appliquer non seulement à la vente proprement dite mais aussi à l'échange avec soulte.

Cette situation s'étend également à un autre contrat

de Droit civil, la dation en paiement. Lorsque le bien immobilier abandonné dépasse le montant de la dette, le créancier se trouve à son tour débiteur. A concurrence de la somme due, l'opération a le caractère d'une véritable vente et le nouveau créancier sera privilégié.

L'apport d'un bien en société présente donc des analogies avec l'échange. Lorsqu'il y a équivalence stricte entre les actions reçues et le bien apporté, chacune des parties ayant abandonné un bien qui a été immédiatement remplacé par un bien de valeur égale, aucune d'elle n'est en droit de se prévaloir à l'égard de l'autre d'un privilège quelconque.

Si cet équilibre est détruit et qu'en sus des parts sociales, l'apporteur est en droit d'exiger le versement d'une somme en espèces soit entre ses mains, soit entre les mains de ses créanciers (même sous la forme du dégrèvement de charges existant sur l'immeuble de par son fait), cet actionnaire retrouve pour cette fraction des titres au privilège du vendeur d'immeuble.

Au point de vue fiscal, il en est bien de même ; le contrat d'échange est passible d'un droit très inférieur au droit de mutation à titre onéreux, mais à condition qu'il ne soit pas stipulé de soulte. Mais pour la portion représentée par la soulte, il y a vente en droit fiscal comme en droit civil et le tarif applicable est celui des mutations d'immeubles. C'est bien la situation que nous avons trouvée pour la société où l'on considère qu'il y a vente jusqu'à concurrence de la somme à payer en espèces par la société à l'apporteur ou en son acquit : cette vente entraîne dans ce cas aussi la perception d'un droit de mutation d'immeubles à titre onéreux.

*
**

C'est pourquoi dans le fond l'apport vente n'est pas une opération avantageuse puisque, pour la partie garantie par un privilège, les droits applicables sont d'un tarif élevé qu'on essaye d'éviter. Aussi, dans les pactes sociaux présentés au fisc, il est peu fréquent d'y trouver spécifier formellement la clause d'un apport à titre onéreux. Mais, en sens inverse, la Régie fait tous ses efforts pour dépister ces pratiques et elle tente toujours de disjoindre les diverses clauses d'un pacte qu'on lui présente pour essayer d'en faire des dispositions indépendantes qui seront taxables de droits spéciaux toujours plus élevés que les droits d'apport en société. Ces discussions ont donné de très nombreux arrêts de jurisprudence dont certains sont assez typiques à cet égard et notamment celui de la Cour de cassation, civ., du 8 novembre 1864¹.

« Attendu que la Société Clavier et C^{ie} a reçu l'apport de l'immeuble de la dame de Meulancer à charge par elle d'acquitter la dette de 73.000 francs si cette dame décédait sans l'avoir acquittée elle-même ; que la condition prévue s'étant réalisée, la société n'a reçu l'apport stipulé que moyennant un équivalent partiel en espèces ; qu'ainsi la Régie de l'enregistrement, qui n'avait perçu qu'un droit fixe lors de la présentation de l'acte à la formalité, a été fondée à réclamer le droit proportionnel de mutation de propriété immobilière lorsqu'il fut devenu certain, par l'accomplissement de la condition, que la propriété de l'immeuble dont s'agit avait été

1. Sirey, 1865.1.47.

transférée à la société Clavier et C^{ie} moyennant une somme d'argent payable à des tiers par ladite société ; qu'en jugeant autrement, le tribunal de Marseille a fausement appliqué et par suite violé l'article de loi précité (art. 68 de la loi du 22 frimaire an VII) ; casse...¹. »

De même, dans un autre arrêt, il était dit : « Attendu que c'est vainement que les exposants soutiennent qu'aux termes de l'article 5 de la société anonyme des usines de Charpentes d'Annemasse, l'apport avait été déclaré fait libre de toutes charges et dettes et que c'est seulement après la constitution que Camps a remis ses actions d'apport en nantissement à la société de capitalistes qui s'engageaient à désintéresser les créanciers de la société Camps et C^{ie}.

» Attendu que le jugement attaqué constate d'une part que les déclarations contenues dans les qualités du jugement et les termes des statuts et actes sociaux démontrent l'inexactitude des énonciations qui y sont contenues et la dissimulation. Qu'en outre, il est constant que le syndicat de capitalistes qui a reçu les actions et qui devait solder la créance de la société Camps et C^{ie} a été créé antérieurement à la formation de la nouvelle société en vue de cette société et pour assurer le bon fonctionnement du remboursement des dettes que ce syndicat prenait à sa charge » (Cass. req., 5 fév. 1894²).

Nous avons vu que l'apport d'un immeuble, moyennant en particulier le paiement des charges qu'il supporte, est taxé comme apport à titre onéreux : la Cour de cassation a jugé que la société bénéficiaire s'étant

1. Sirey, 1865.1.47.

2. *Rev. d'enreg.*, n° 694.

trouvée subrogée aux droits et obligations de l'apporteur s'est trouvée par ce fait même tenue de rembourser les charges qui pesaient sur l'immeuble bien que la société ait prétendu que ce passif incombait toujours à l'apporteur et qu'un compte spécial lui avait été ouvert à cet effet ; que, par conséquent, il s'agit d'une transmission à titre onéreux passible du droit de mutation sur la différence entre la valeur brute et la valeur nette des biens apportés (Cass. req., 1^{er} août 1927).

D'ailleurs, l'apport d'un immeuble grevé d'un passif, même s'il n'est pas dit formellement dans l'acte que la société qui en devient propriétaire reçoit la charge de ce passif, doit être considéré comme un apport pur et simple seulement jusqu'à concurrence de sa valeur nette, le reste sera taxé à titre onéreux (Cambrai, 2 juillet 1925 ; Seine, 30 mars 1907 ; Bordeaux, 3 nov. 1924¹).

Enfin, dans un cas un peu spécial où il s'agissait d'un apport d'immeuble qui devait être transformé par les soins de l'apporteur et qui était rémunéré de l'apport par des actions représentant la valeur de son état futur, la jurisprudence a estimé ceci : « Il résulte, a-t-elle dit, des clauses des statuts qu'en apportant les immeubles, on s'engageait à y effectuer d'importants changements conformément aux plans, charges et conditions fixés d'avance ; un prix de 750.000 francs était fixé comme valeur d'amélioration et l'ensemble de ces particularités avait été soumis aux commissaires chargés de vérifier et d'apprécier les apports. » La Cour de cassation a estimé que les parties ayant envisagé l'apport d'une usine transformée par d'importantes constructions et amélio-

1. *Rép. d'enreg.*, arrêts cités, n° 15, 167.

rations, on se trouvait en présence non d'un marché de travaux annexes, disposition indépendante du pacte social, mais bien en présence d'un contrat d'acquisition portant translation de propriété ; la conséquence naturelle était la perception du droit de mutation immobilière (Cass. req., 30 avril 1927¹).

*
**

La situation est la même si, au lieu de dissimuler un apport-vente sous l'apparence d'un apport pur et simple, il s'agit de donner cette dernière forme à un contrat de vente : le pacte social ne saurait contenir à la fois l'indication de l'apport par un associé et en même temps la clause que cet apport ne subira pas le sort du patrimoine social, ou que la société devra le rembourser en espèces. Ce n'est pas que le public n'ait tenté souvent l'essai, mais dans cette catégorie aussi, on voit, par les réponses de la jurisprudence, que ces essais ne peuvent être qu'infructueux. Quelques exemples vont le prouver facilement.

L'apport qui n'est pas fait purement et simplement en échange de droits sociaux, mais moyennant un équivalent indépendant de bénéfices de l'entreprise, bien que le paiement de cet équivalent incombe à la société, constitue une vente, si c'est la totalité de l'apport qui est ainsi stipulé, ou un apport-vente s'il s'agit seulement d'une partie. C'est donc un droit de mutation qui est applicable, droit calculé d'après la nature des biens qui sont en question. C'est dans le cas d'un immeuble et d'un fonds de commerce que le tribunal de Cognac a décidé que la

1. *Rép. d'enreg.*, n° 15.467.

valeur qui devait être remboursée en capital et intérêts dans un délai donné, par prélèvement sur les frais généraux de la société, était assujettie aux droits de mutation (Cognac, 8 janv. 1923¹).

Dans un cas analogue, lorsque l'apport n'est réalisé qu'avec stipulation expresse d'un remboursement certain (qu'il soit partiel ou total) convenu d'avance entre les parties, quoiqu'il arrive, il ne s'agit plus alors d'une mise sociale au sens véritable du mot, puisque l'apport dont la restitution est assurée représente pour l'apporteur un droit ferme et définitivement acquis d'où il résulte qu'il est dû un droit de mutation ou un droit d'obligation suivant qu'il s'agit d'apport en nature ou d'apport en espèces (Nantes, 7 juil. 1925²).

Enfin, même si la dissimulation est plus subtile, le fonds n'est pas changé pour cela ; si la société est tenue à certains engagements envers l'apporteur, qu'il y ait ou non des bénéfices distribuables, même s'il a été ouvert un compte spécialement créé pour recevoir le crédit de ces sommes qui sont destinées à l'amortissement de ces charges, c'est un apport à titre onéreux ou une vente suivant le cas. C'est ce qu'a décidé le tribunal de la Seine par jugement du 13 juillet 1908.

« Attendu que la société a pris l'engagement ferme de payer en l'acquit de Courtine la somme globale de 718.545 fr. 40 et qu'elle restera tenue du paiement de

1. *Rép. d'enreg.*, n° 15.038.

2. *Rép. d'enreg.*, n° 15.045. Il était stipulé que deux associés retireraient de la Société en réduction des apports primitifs (immeuble pour l'un, numéraire pour l'autre) et cela dans le délai de sept ans à partir de la constitution et pour un chiffre déterminé, des sommes versées à la Société à titre de complément d'apport par le troisième associé et provenant tant de l'argent nouveau que des bénéfices retenus sur la part de ce dernier. Ceci fut considéré pour le premier associé comme une vente et pour le second comme un prêt.

cette dette, qu'il y ait ou non de bénéfices permettant l'acquit de cette somme jusqu'à concurrence de 400.000 francs sur le compte spécial dont l'ouverture était prévue par l'article 13 des statuts.

» Attendu que si le compte ne donne pas les résultats attendus, Courtine n'en pourra pas moins contraindre la société à remplir ses engagements et à prélever les sommes sur ses autres biens, capital réservé ou acquêts ; que la clause invoquée ne constitue qu'une simple mesure d'ordre intérieur, mais qu'elle ne saurait être opposable aux tiers ; qu'elle laisse subsister le caractère onéreux que présente l'apport Courtine jusqu'à concurrence de 718.545 fr. 40...¹. »

*
**

La question se pose donc sous la forme suivante :

Ecarterons le cas hybride que constituent les apports-ventes ou apports à titre onéreux : ceux-ci étant considérés pour une part comme apport simple et pour l'autre comme une vente, ils participent respectivement pour ces fractions aux avantages et inconvénients de chacune d'elles. Cela n'offre donc que peu d'intérêt, puisque ce n'est pas une amélioration d'un système, mais une simple juxtaposition de deux actes juridiques.

A l'exception de ces apports-ventes, on trouve, soit l'apport simple qui est avantageux au point de vue fiscal, mais n'offre pas la moindre garantie à l'apporteur en cas d'insolvabilité de la société bénéficiaire — cet apporteur n'ayant pas en principe à supporter les frais et droits de mutation n'a pas d'intérêt immédiat à en dimi-

1. *J. soc.*, 1911, p. 184.

nuer l'importance — soit la vente qui est plus onéreuse pour la société, mais donne au propriétaire le privilège du vendeur d'immeubles. C'est un dilemme qui ne permet aucune solution satisfaisante. Car si l'apporteur essaye de prendre trop de précautions, il y a un risque vis-à-vis de la Régie, car elle interprétera la convention comme n'étant pas un pacte social, mais une translation de propriété, et par suite réclamera les droits exigibles en ce cas. Les quelques exemples examinés montrent bien le danger existant de ce côté.

Pourtant les types d'actions dans une société offrent une assez grande diversité quant aux droits et prérogatives qui leur sont reconnues par le pacte social et la convention faisant la loi des parties, il va peut-être être possible d'accorder aux apporteurs certains privilèges ou garanties que la valeur de leurs apports leur sera vraisemblablement remboursée à la fin du pacte social. Il existe justement une catégorie d'actions dont le type répond à ce besoin, tout en permettant de varier les privilèges accordés, c'est la catégorie des actions privilégiées ou actions de priorité.

Nous allons vérifier, en étudiant la législation applicable à cette formule nouvelle des droits sociaux, qu'il sera possible d'utiliser les actions de priorité dans le sens désiré en obtenant par ce moyen sinon complète satisfaction, du moins une amélioration sensible de la situation de l'actionnaire apporteur et la suppression de certains inconvénients que nous avons signalés dans les paragraphes précédents.



En principe les actions d'une société anonyme jouissent de droits égaux (et la jurisprudence par ses décisions s'est toujours efforcée de maintenir ce principe d'égalité) principalement en ce qui concerne la répartition des bénéfices au cours de la société et la distribution de l'actif net lors de la dissolution. Et la conséquence logique de ce principe était l'impossibilité de créer plusieurs catégories d'actions ayant des droits inégaux.

Cependant aucune règle stricte du Code civil ne l'interdit : en effet si le contrat de société doit contenir obligatoirement la vocation de tous aux bénéfices ou aux pertes, la loi laisse cependant toute liberté aux intéressés pour déterminer le mode de cette répartition ; elle prohibe seulement la clause léonine qui attribuerait à un associé la totalité des bénéfices ou l'affranchirait de toute contribution aux pertes. Par conséquent, la clause des statuts qui accorderait aux porteurs d'une catégorie d'actions, soit un traitement préférentiel sur les autres pour une partie des dividendes à distribuer, soit une part de bénéfice plus élevée ne constituerait qu'un système particulier de répartition de bénéfices et serait donc valable. Il n'existait, ni dans le Code de commerce, ni dans la loi du 24 juillet 1867 aucune disposition particulière s'opposant à la création d'actions de différentes catégories possédant des droits inégaux ou spéciaux.

Cependant ce silence même des textes législatifs laissait malgré tout des doutes sur la validité de telles clauses et sur la légalité des actions de priorité. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris, par un arrêt rendu dans l'affaire du Crédit Mobilier refusait à l'assemblée générale des actionnaires le droit de créer des actions privilégiées en se basant sur l'argument suivant :

« Considérant que de pareils privilèges concédés aux actions de priorité quant au partage des bénéfices, sont des dérogations à la loi du contrat qui n'auraient pu devenir valables que si elles avaient été consenties par l'unanimité des actionnaires... Que vainement on soutient que l'assemblée des actionnaires avait, à cet égard, le droit de modifier les statuts pourvu que conformément à l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, elle fut composée d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social. Qu'en dehors des objets spéciaux sur lesquels le contrat avait expressément permis aux assemblées générales de modifier les statuts, le pouvoir de modification ne peut s'appliquer qu'à des changements effectués dans la limite des règles d'administration et d'organisation sans altérer les bases constitutives de la société, de manière à ne pas blesser l'essence du pacte social (19 avril 1875) ¹ ».

Pourtant l'unanimité des auteurs ² et la jurisprudence finirent par admettre la possibilité de créer des actions de priorité, sans contrevenir au principe de l'égalité entre actionnaires, et c'est ainsi que, notamment, un arrêt de la Cour d'appel de Lyon a rendu le 4 mars 1891 et confirmant un jugement de première instance dans l'affaire de la Société des forges et aciéries de la Kama disait dans ses considérants : « Attendu que cette société, ayant pour but de relever une entreprise dans laquelle les intérêts du demandeur était compromis comme ceux des autres fondateurs, devait tout naturelle-

1. Dalloz, 1875.2.161.

2. Thaller et Pic, n° 818 sur la situation des actions de priorité à l'étranger et notamment dans la législation anglaise. Également rapport de M. le député Chastenet, rapporteur de la loi devant la Chambre des députés (*J. officiel*, 11 avril 1902).

ment pour s'assurer un capital argent nouveau faire à ce capital une place en quelque sorte de priorité : que rien de contraire à la loi, suivant une doctrine et une jurisprudence constantes n'existe dans cette distinction faite par le pacte social même, entre les actions d'une société ¹ ».

Et c'est dans ces conditions, qu'est intervenue la loi du 9 juillet 1902 concernant les actions de priorité, loi défectueuse ² qui fût remplacée aussitôt par la loi du 20 novembre 1903, encore en vigueur actuellement et dont l'article 1, § 2, dit textuellement ceci :

« Toute société par actions peut par délibération de l'assemblée générale constituée dans les conditions prévues par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 créer des actions de priorité jouissant de certains avantages sur les autres actions ou conférant des droits d'antériorité soit sur les bénéfices soit sur l'actif social, soit sur les deux, si les statuts n'interdisent point par une prohibition directe et expresse la création d'actions de cette nature.

Tandis que l'article 2 spécifiait :

« La présente loi est applicable aux sociétés fondées antérieurement à la loi ».



Par conséquent, sauf interdiction expresse prononcée par les statuts, les actions de priorité peuvent être créées par toute société anonyme, soit à l'origine de cette

1. Lyon, 4 mars 1891 (*J. soc.*, 1891, p. 343).

2. Sur les difficultés soulevées par le texte du 9 juillet 1902, voir notes Wahl (*J. soc.*, 1902, p. 97; 1903, p. 5 et 47) et Houpin, 1903, p. 24).

société, par une clause insérée aux statuts, soit au cours de la société, au moment d'une augmentation du capital social (c'est-à-dire dans les deux cas justement où nous nous sommes placés pour l'apport d'un immeuble).

Si nous nous trouvons dans le deuxième cas, augmentation de capital, l'opération devra être décidée par une délibération de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires délibérant dans les conditions prévues par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 modifiée par la loi du 22 novembre 1913 et selon les règles particulières qui ont pu être placées dans les statuts.

*
**

Les actions privilégiées sont susceptibles de revêtir les formes les plus diverses, puisque la loi a accordé la plus grande latitude dans le choix des avantages qu'on peut leur consentir. Les statuts ou les résolutions de l'assemblée générale sont libres de leur accorder tout droit ou avantage, sous la seule condition de respecter le principe établi par l'article 1885 du Code civil qui interdit les clauses léonines gratifiant une catégorie d'associés de tous les bénéfices ou l'affranchissement de toute perte¹. Le champ des possibilités est donc fort vaste et les types d'actions de priorité très nombreux : dans chaque cas il faut s'inspirer des exigences de la situation où l'on se trouve et chercher à se prémunir dans la mesure du possible contre les éventualités que l'on pense à prévoir².

Dans le cas qui nous occupe trois clauses en particu-

1. Voir Decugis *Les actions de priorité* et les différents types d'actions de priorité qu'il étudie : droits préférentiels simples ou droits cumulés.

2. Thaller et Pic, n° 815.

lier peuvent offrir un intérêt : ce sont celles portant sur le droit au bénéfice, sur le remboursement du capital, sur la durée du privilège.

1. *Droit sur les bénéfices.* — Il ne saurait être question de donner aux actions d'apport jouissant de la clause de priorité un pourcentage spécial et plus élevé dans la répartition des bénéfices. Cet actionnaire se désintéresse de la société, il cherche à se garantir le plus possible ; ce serait illogique de lui consentir une majoration de droits sur les gains, puisque les gains sont la contre-partie des risques qu'il se refuse à courir.

Le but essentiel qui est recherché par l'apporteur lorsqu'il demande qu'on lui attribue des actions de priorité, c'est d'accroître sa sécurité, ou plutôt de restreindre ses risques. On stipulera donc que les actions de priorité auront droit à un dividende de ... % (taux à débattre) prélevé sur les bénéfices réalisés ¹. En échange, comme le coupon de dividende représentant la part de l'entrepreneur, ne doit pas logiquement revenir à cet actionnaire, il est rationnel de stipuler que le dividende des actions de priorité ne pourra en aucun cas dépasser ce taux quel que soit le chiffre des bénéfices réalisés par la société et le montant des coupons distribués aux actions ordinaires. Cet intérêt fixe sera payé en toutes hypothèses que la société réalise ou non des bénéfices, et le montant en sera imputé au compte des frais généraux de la société ².

1. Houpin et Bosvieux, n° 376 : « Les actions de priorité peuvent donner lieu seulement à un dividende fixe (ordinairement 5 à 6 %) qu'elles prélèveront sur les bénéfices, après la réserve légale si c'est une société anonyme tout le surplus étant attribué aux actions ordinaires.

2. *Ibidem*, n° 378 : « On peut stipuler que les actions de priorité auront droit à un intérêt fixe payable en toute hypothèse. Toutefois le paiement

Cette stipulation est reconnue valable par la jurisprudence malgré certaines hésitations et certaines contradictions dans les arrêts rendus. Si la publication régulière a donné connaissance aux tiers (et ce sera le cas, puisque la société qui se fonde ou augmente son capital doit remplir des formalités de publicité légales) la Cour de cassation en reconnaît le bien fondé. (Cass. civ. 5 mai 1915 et aussi Cass. civ., 7 novembre 1889¹).

A défaut de cet intérêt fixe, le dividende fixé sera stipulé cumulatif, c'est-à-dire qu'en cas d'insuffisance des bénéfices réalisés pendant une ou plusieurs années et d'impossibilité d'assurer le service des coupons privilégiés aux actions de priorité le surplus non payé sera prélevé sur les bénéfices des exercices postérieurs, avant toute distribution aux actions ordinaires. Cette stipulation est également licite².

2. *Remboursement de capital.* — Cette clause assurant la fixité du coupon à percevoir et sa sécurité n'est pas à dédaigner, mais il est facile de comprendre que le porteur des actions n'ayant pas l'intention de les conserver plus de deux ou trois ans en principe, ce n'est pas là l'avantage essentiel qu'il recherche.

Un actionnaire ordinaire en cas de faillite ou de liquidation est peu certain de toucher le montant nominal de

d'un intérêt même en l'absence de bénéfice pendant toute la durée de la société est anormal et de nature à grever lourdement l'entreprise. Aussi l'attribution d'un dividende cumulatif paraît-elle plus rationnelle. En tout cas si l'on accorde un intérêt fixe aux actions de priorité il serait prudent et sage d'en limiter le prélèvement à un certain nombre d'années ou jusqu'à ce que le total de ces prélèvements ait atteint une fraction déterminée du capital social.

1. Dans le même sens, Paris, 5 décembre 1882 (S., 1883.2.92); Cass., 7 mai 1878 (S., 1880.1.107); Cass., 28 juillet 1896 (*J. soc.*, 1896, p. 487).

2. Decugis, *Les actions de priorité*, p. 38 et 39.

ses actions. Or, sauvegarder les intérêts quand c'est le capital qui risque de disparaître en entier, ce serait une politique désastreuse. Voilà pourquoi la clause de priorité pour le remboursement du capital sera la seule garantie et probablement efficace que puisse demander l'apporteur.

L'avantage accordé consistera dans le droit au remboursement de capital, par référence aux actions ordinaires, de la manière suivante : lors de la liquidation il sera procédé à l'extinction du passif social, puis sur le produit net, il sera prélevé la somme nécessaire pour rembourser en premier lieu le capital des actions privilégiées. Le reste sera réparti entre les actions ordinaires. En cas d'actions à dividende fixe il serait possible de convenir que le montant des coupons non payés sera incorporé au montant du capital à rembourser et jouira du même privilège accordé au capital. (Nous nous rapprochons alors des caractéristiques que nous avons examinées à propos du privilège de vendeur d'immeuble : les intérêts du prix étaient privilégiés comme le principal de la créance et venaient au même rang).

Ces clauses sont licites, car malgré les stipulations à leur profit d'un dividende fixe (assez analogue à un coupon d'obligation) et d'un remboursement privilégié les actions de priorité conservent le caractère d'actions et leur création n'est pas en contravention avec le principe de l'article 1855 du Code civil. Elles ne bénéficient en effet de ces préférences qu'envers les actions ordinaires, de sorte que les créanciers sociaux et en particulier les porteurs d'obligations s'il en existe priment sur les éléments de l'actif social tous les actionnaires, par conséquent le remboursement du capital ne pourra être récla-

mé et ne leur sera effectué qu'après l'extinction complète du passif social.

En cas de liquidation judiciaire, notamment, si la société avait précédemment constitué une réserve prélevée sur ses bénéfices et destinée à racheter les actions de priorité, les porteurs de ces actions ne pourraient prétendre à aucun droit sur les valeurs acquises par la société en représentation de ce fonds d'amortissement de leurs titres, tant que les créanciers sociaux n'auraient pas été intégralement désintéressés. Cet élément d'actif, comme tout autre, fait partie du gage des créanciers (en ce sens jugement de Lyon 24 avril 1912¹).

Cependant ces clauses doivent être libellées avec prudence car elles constituent de dangereuses présomptions ; certaines stipulations concernant la non-ingérence dans la direction de la société, ou la simple restriction du droit de contrôle pourrait faire attribuer aux titres ainsi créés le caractère de simples obligations. Du point de vue fiscal, il est inutile de souligner les conséquences qu'une telle interprétation peut avoir, car le contrat d'apport deviendrait à titre onéreux et la perception des droits de mutation se ferait selon le taux particulier de l'objet apporté.

Cette hypothèse a été envisagée dans le traité général des Sociétés et des Associations de Houpin et Bosvieux. En examinant les cas d'applications des actions de priorité, il est dit sous le paragraphe « Apport à titre onéreux » : « Le fondateur désirerait se faire attribuer en représentation partielle de son apport en nature une somme d'argent ou des obligations. Mais pareille charge

1. *J. soc.*, 1913, p. 372.

imposée à la société imprimerait à l'apport un caractère à titre onéreux et entraînerait la perception d'un droit proportionnel d'enregistrement de vente immobilière ou mobilière. En vue d'éviter ce droit d'enregistrement, le fondateur consentira parfois à accepter aux lieu et place de la somme en argent ou d'obligations des actions de priorité ayant droit à un dividende et au remboursement de leur capital avant les actions ordinaires et lui conférant le droit d'assister aux assemblées générales ¹ ».

Et plus haut : « Différents modes de remboursement des actions de priorité... on peut aussi stipuler que tous les bénéfices après prélèvement du dividende et de l'intérêt revenant aux actions de priorité, seront employés au remboursement et à l'extinction de ces actions, à titre de réduction de capital de telle sorte qu'après ce remboursement l'intégralité des bénéfices et de l'actif social revienne aux actions ordinaires. Ce mode d'extinction sera employé particulièrement en cas de créations d'actions de priorité à dividende fixe, destinées à procurer à la société des ressources momentanées ou à rémunérer les apports tout en évitant les droits d'enregistrement qu'entraînerait un paiement soit en espèces, soit en obligations ² ».

Il s'ensuit que la coïncidence de ces deux privilèges attirera l'attention de la Régie et toute clause accentuant le caractère de ces titres risquera de les faire traiter comme des parts obligatoires et non des parts d'associés.

1. Houpin et Bosvieux, *Traité des sociétés*, 1929, n° 393.

2. Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 382.

3. *Durée du droit de priorité.* — Les droits attachés aux actions privilégiées sont en général permanents et ne cessent qu'avec l'extinction de cette catégorie d'actions. Mais cette priorité peut aussi bien être stipulée pour un temps. Différentes combinaisons sont possibles basées soit sur le temps, soit sur les dividendes versés. Dans le cas qui nous occupe le plus simple, est de prévoir que le privilège accordé aux actions de priorité disparaîtra au bout de X... années (X étant supérieur à deux pour assurer la sécurité de l'actionnaire apporteur) et qu'après cette date, celles-ci seront purement et simplement assimilées aux actions ordinaires.



La solution qui consiste à rétribuer l'apporteur en nature au moyen d'actions de priorité devait trouver son utilisation dans une situation particulière.

Une société dont l'objet était l'achat de terrains en vue de créer des lotissements et de revendre, par parcelles les terrains précédemment acquis en totalité, avait en 1928, passé un acte sous seing privé provisoire lui donnant la libre disposition d'un domaine pour y effectuer à ses frais tous travaux nécessaires d'agencement et d'aménagement susceptibles de faire vendre ce terrain par lots. Aux termes de cet acte la société devait verser aux propriétaires des comptes échelonnés sur la période prévue à l'acte, c'est-à-dire quatre ans : il était convenu de plus un prix unitaire au mètre carré pour l'ensemble de la propriété et sur les ventes à des particuliers une partie du prix reçu devait revenir au propriétaire ; le restant étant acquis à la société à la fois.

comme récompense de travaux qu'elle avait effectués sur le fonds et comme bénéfice de l'opération qu'elle réalisait. Il était prévu pourtant une légère ristourne au delà d'un certain prix unitaire de revente mais cette disposition n'eût jamais à jouer et n'offre par conséquent pas d'intérêt¹.

L'arrêt ou tout au moins le très grand ralentissement qui s'est produit malheureusement dans les transactions immobilières, peu après les conclusions de l'accord n'a pas permis de liquider cette affaire dans le délai maximum qui avait été convenu dans l'acte. Aussi les versements inconditionnels que la société devait faire entre les mains du propriétaire devenaient de plus en plus lourds pour la trésorerie de la société, et cela d'autant plus que les différentes affaires qu'elle avait en chantier supportaient dans l'ensemble un arrêt momentané analogue.

Au moment où le délai prévu était sur le point d'expirer, il devint nécessaire d'établir un état de chose moins provisoire et plus régulier que celui qui avait duré jusque là. Il fut suggéré de créer une société au capital assez réduit à laquelle le propriétaire ferait apport des terrains qui n'avaient pas encore été vendus et qui seraient évalués à une somme représentant les 4/5 du capital social à souscrire. Le dernier cinquième devait être souscrit en numéraire pour la presque totalité par la société de lotissement². L'argent de cette souscription était nécessaire pour subvenir aux frais de constitution de la nouvelle société, ainsi qu'aux dépenses de gestion

1. L'acte ne fut pas enregistré.

2. Il fallait en effet sept actionnaires, condition légale de validité de la société. Les cinq dernières personnes auraient été probablement des administrateurs de la société de lotissement.

ou de publicité qui pouvaient devenir utiles par la suite : les actions de numéraire ne devaient pas être entièrement libérées à la souscription, puisqu'il était inutile de faire consigner une somme d'argent dont le besoin immédiat, ne se faisait pas sentir. Le premier quart seulement devait être versé, les trois autres quarts ne devant être appelés qu'au fur et à mesure que naîtraient les besoins de la nouvelle société.

Le propriétaire apporteur avait la faculté de demander à la société de lotissement après la période de deux ans de non négociabilité, le rachat total ou partiel de ses actions d'apport².

Mais une garantie supplémentaire était prévue qui avait été demandée par le propriétaire : c'est que les actions d'apport qui lui seraient attribuées seraient des actions de priorité bénéficiant du privilège d'être remboursés par préférence aux actions de numéraire. C'était en définitive essayer de profiter des avantages du vendeur d'immeubles puisque sa créance, en cas de dissolution devait être payée sur le prix qui proviendrait de la vente des terrains qu'il avait apportés à la société au moment de la constitution. Il eut tout au moins primé les actionnaires en numéraire, à défaut des créanciers de la nouvelle société.

Cette combinaison n'eut pas à jouer dans la réalité car il intervint entre la société de lotissement et le propriétaire une convention spéciale, sorte de compromis

2. C'était une faculté qui lui était laissée et non pas une convention ferme car il voulait se prémunir contre le risque de faillite de la société de lotissements. Si cette faillite se produisait il aurait dû céder ses actions et venir comme créancier chirographaire de la faillite avec paiement au marc le franc. C'est ce qu'il voulait éviter.

d'intérêts, qui liquida la question définitivement dans un sens tout différent et beaucoup plus simplement.

*
**

La solution des actions de priorité n'est évidemment qu'un moindre mal et elle présente d'autre part certains risques au moment de la présentation à l'enregistrement, car la question est assez nouvelle. Mais il n'existe pas, à notre connaissance, en jurisprudence de textes permettant de considérer comme obligations (et par voie de conséquence l'apport comme fait à titre onéreux) des actions ayant droit à un intérêt fixe et à un droit de préférence en cas de remboursement si aucune autre clause ne porte atteinte à l'*affectio societatis* et à la participation de gestion dans la société¹. Mais il peut toujours compter avec la Régie dont les instructions générales suivent de près les solutions des praticiens pour essayer d'empêcher qu'elles ne lèsent les intérêts du Trésor.

1. Maguero, tome IV, *Société d'enregistrement*, n° 243.

CONCLUSION

Quelle conclusion pouvons-nous dégager de cette brève étude ?

Il est bien évident qu'un fait domine tout, c'est le taux élevé des tarifs d'impôts que nous avons examinés. Ce taux paraît d'autant plus élevé à l'heure actuelle que, malgré les adoucissements apportés récemment par les lois de 1929 et 1930, ils ont subi depuis la guerre une hausse trop sensible et trop brusque nécessitée par le besoin d'alimenter le budget de l'Etat. Les dépenses qui ont été successivement inscrites à ce budget et dont il ne nous appartient pas de faire ici l'examen critique ont exigé des recettes égales que les divers gouvernements ont demandé à l'emprunt, mais surtout à l'impôt. Le principe en lui-même n'est pas discutable, mais ne peut-on pas regretter que son application n'ait pas été faite par des moyens moins rébarbatifs ?

Ce n'est pas adroit de demander toujours les ressources nouvelles à des élévations de taux d'impôt si brutales que le premier réflexe des contribuables soit non pas de les subir et de payer, mais au contraire d'essayer de s'y soustraire. Quelle erreur de croire qu'en portant de 10 % à 20 % un droit de perception quel qu'il soit, les recettes dérivant de ce droit en seront augmentées dans la proportion du simple au double. L'exemple de l'Angleterre qui a commis cette erreur dans l'aménagement des diffé-

rents impôts fonciers nous montre qu'il en résulte une diminution de la masse imposable et qu'on aboutit en définitive non pas à un accroissement des recettes, mais, après une plus-value temporaire, à un fléchissement assez rapide provenant à la fois de la diminution de valeur du fonds et des solutions ou adaptations de la pratique.

Le système fiscal un peu primitif qui fut le nôtre si longtemps et qui se trouvait bien caractérisé par le nom qu'on lui donnait, « les quatre vieilles », ne doit pas être regretté, si ce n'est pour sa simplicité. Moins les impôts sont nombreux et moins le système fiscal est équitable, car aucun impôt ne peut être juste et proportionné, et le principe de l'impôt unique est, à notre avis, le plus mauvais qui soit. Mais accroître inconsidérément le taux d'un impôt quelconque, c'est se rapprocher de l'impôt unique. C'est faire supporter à une situation ou à un fait donné une charge insoutenable. Si le droit de mutation sur les immeubles, qui avait atteint 22 % et qui est encore en fait de 15 %, était un jour, par hypothèse, de 50 ou 100 %, la valeur des immeubles diminuerait dans la proportion correspondante et les droits perçus ne seraient pas ce qu'on pourrait en espérer, mais surtout il est bien probable que les actes de mutations présentes à l'enregistrement se raréfieraient en conséquence.

C'est ce qui se produit dans certains cas pour les immeubles, c'est ce qui existe dans bien d'autres branches de l'activité ou par des combinaisons parfois invraisemblables, on en arrive à signer des actes qui, à première vue, ne ressemblent en rien aux accords conclus.

Depuis la guerre, combien d'officines, de cabinets d'affaires, de sociétés même se sont créés, qui ont pour

but unique ou accessoire d'indiquer aux particuliers le moyen de « payer moins de droits ». Certaines sociétés, qui s'occupaient uniquement de gérance, de contrôle, de direction ou de placement, ont trouvé excellent de fonder, à côté des services existants, un service de contrôle et de conseil fiscal, qui vérifie la liquidation des droits faite par la Régie, en indiquant les trop perçus ou vous conseille la forme d'acte ou de déclaration qui vous rendra passibles du paiement le plus faible. Bien plus : ce service nouveau leur sert d'introduction et d'appât pour les nouveaux clients qu'elles prospectent et veulent engager à les écouter. Or, le personnel qui s'emploie à ces travaux est formé le plus souvent par des gens autorisés rompus à la pratique et de plus connaissant fort bien par expérience ce qu'il faut faire ou ne pas faire, en matière d'enregistrement ou d'impôt. Par conséquent, dès qu'une loi fiscale est votée, dès qu'un arrêt de justice est rendu par un tribunal administratif ou judiciaire sur une question fiscale, ces spécialistes d'un nouveau genre examinent les dispositions nouvelles, scrutent les passages de texte pouvant donner lieu à une application pratique et forgent ainsi un instrument destiné à permettre aux particuliers de ne pas payer tout ce que demanderait la Régie.

Nous ne voulons pas dire que cette situation est récente ou qu'elle n'existait pas jusqu'à ces dernières années. *Nil novi sub soli*, dit-on, mais ce qu'on n'avait pas encore vu, c'est le caractère général de la chose. En ouvrant aujourd'hui un journal d'information même non spécialisé dans les questions financières, le simple particulier risque d'y trouver l'adresse d'un professionnel qui s'offre à examiner ses impôts et à lui suggérer les solutions les plus économiques.

Tout ceci est naturellement au détriment de l'Etat.

Mais ce n'est pas favorable non plus au particulier (sinon au contribuable), car cette façon de procéder va l'amener à abandonner les institutions qui avaient été fondées pour pourvoir à sa sécurité.

En effet, après avoir vérifié que la Régie ne lui réclame pas plus qu'il ne doit, ce conseiller va lui proposer de payer moins qu'il ne paie en procédant autrement, par des actes différents en la forme, amenant des situations analogues dans le fond. Ces actes vont être plus compliqués que le contrat qu'ils veulent remplacer, nous en avons vu un exemple. Ce seront des options renouvelables de façon à rester dans les délais où l'enregistrement est possible, des sommes formant un même total, mais différemment réparties en catégories suivant le tarif des droits. Un commerçant fondera une société destinée à recevoir son fonds de commerce et cèdera ses parts à l'acheteur au lieu de passer un acte de vente. Une société qui a acheté un terrain pour bâtir des immeubles qui seront revendus par appartement, ne passera pas un acte de vente pour le prix total de l'appartement; elle vendra le terrain (fraction de la surface totale) et sera censée bâtir pour le compte de l'acheteur moyennant un prix forfaitaire qui formera le complément du prix total. C'est une liste interminable qu'on pourrait dresser, montrant ainsi quelques manières d'esquiver le paiement de droits que les particuliers estiment exagérés. Mais ce qu'ils ne voient pas, c'est qu'en abandonnant les formes d'actes réguliers, correspondant exactement à l'accord intervenu, ils cessent de bénéficier des avantages et des garanties que la loi a attachés au contrat qu'ils se sont refusés à passer. Qu'ainsi, en évitant le paiement d'une

dîme à l'Etat, ils se sont mis dans le cas de tout perdre par l'insolvabilité du cocontractant contre laquelle ils ne sont plus protégés.

Sans même vouloir envisager le risque des amendes et pénalités qu'il risque d'encourir de la part du fisc, l'acheteur d'un bien immobilier réfléchit-il qu'en dissimulant une partie du prix payé il peut s'exposer à voir le vendeur intenter contre lui une action basée sur une lésion de plus des sept douzièmes ?

Mais les gens ne voient souvent que leur intérêt immédiat et même s'ils envisagent les conséquences futures possibles, ils en conclueront qu'ils doivent prendre des précautions suffisantes pour les mettre à couvert et non pas qu'il est plus prudent de conclure l'acte selon la normale, sans regretter le supplément de droits qui pourra leur en coûter. Parfois pourtant, c'est une prime d'assurance qu'ils n'auraient pas eu à regretter.

Doit-on espérer que cette mode néfaste ne tardera pas à disparaître ? C'est bien peu probable et on risque de s'acheminer de plus en plus vers des complications qui seront les fruits de cette sorte de lutte entre la Régie et les particuliers. Lois et présomptions légales d'une part. Recherche d'actes complexes soumis à des droits peu élevés de l'autre. Cette lutte n'est pas près de finir.

Le remède pourrait venir de l'Etat, comprenant mieux ses intérêts. Sans aller jusqu'à souhaiter un taux uniforme de perception, nous croyons que moins de diversité, une échelle de tarif plus homogène pourrait faire beaucoup plus que toutes les sanctions, amendes et pénalités que chaque loi de finances n'oublie pas de prévoir. Les impôts les plus productifs ne sont pas ceux dont le taux est le plus élevé, et à l'appui de cette opinion, nous

RÉGIME FISCAL DES APPORTS EN NATURE ET CONSÉQUENCES

citerons seulement la taxe sur le chiffres d'affaires qui n'est que de 2 %, mais qui, étant donné la masse de fonds sur laquelle elle est perçue, arrive à fournir des recettes représentant 10 % environ des recettes totales inscrites au budget. Au contraire, les tarifs applicables à l'impôt général sur le revenu ou aux droits sur les successions amènent automatiquement la fraude, fraude qui s'organise d'autant mieux qu'elle a plus d'intérêt à le faire.

Les impôts nouveaux, dit-on, sont impopulaires. Mais les augmentations ou aménagements le sont-ils moins quand ils dépassent un certain taux ? Ils ont de plus l'inconvénient qu'on s'efforce d'y échapper. Peut-être alors vaudrait-il mieux écarter systématiquement les élévations de droits et même diminuer les droits les plus élevés, en compensant les moins élevés par la création de sources nouvelles d'un taux assez bas. L'imagination des gouvernants ne sera pas en peine pour en trouver et c'est pourquoi nous nous garderons d'en suggérer, nous bornant à espérer l'affirmation d'une stabilité qui semble peu à peu disparaître.

Vu : Le Doyen,
H. BERTHELEMY

Le Président de Thèse,
G. RIPERT

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE	VII
CHAPITRE PREMIER. <i>Les apports en nature : principes généraux du Droit civil</i>	1
CHAPITRE II. <i>Le régime fiscal des apports en société</i>	23
Les droits d'enregistrement applicables aux apports en nature.	
Les droits de mutation à titre onéreux.	
CHAPITRE III. <i>Les conséquences pratiques</i>	
CHAPITRE IV. <i>La situation de l'actionnaire apporteur pendant le délai de non négociabilité des actions d'apports</i>	116
Le point de vue économique.	
Le point de vue juridique.	
Solution des actions de priorité.	
CONCLUSIONS	163

Les Editions Domat-Montchrestien, 160, rue Saint-Jacques, Paris.1933
